

André Queiroz Lacerda e Silva

**Análise de Argumentos Jurídicos com Lógica
Deôntica Paraconsistente**

Brasília/DF

2012

André Queiroz Lacerda e Silva

Análise de Argumentos Jurídicos com Lógica Deôntica Paraconsistente

Monografia apresentada como requisito
para conclusão de curso de Direito para a
obtenção do título de Bacharel

Área de Concentração: Lógica Jurídica

Orientador:
Roberto Krauspenhar

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB

Brasília/DF

2012

Monografia de Graduação em Direito sob o título *Análise de argumentos jurídicos com lógica deôntica paraconsistente*, defendida por André Queiroz Lacerda e Silva e aprovada em 6 de dezembro de 2012, em Brasília, Distrito Federal, pela banca examinadora constituída pelos professores:

Prof. Roberto Krauspenhar
Orientador

Prof. Rudhra Gallina
UniCEUB

Prof. Alvaro Luis de Araujo Ciarlini
UniCEUB

*Dedico este trabalho aos justos,
que no lugar de desculpas oferecem talento,
que ao invés de egoísmo demonstram responsabilidade,
e que descartam a conveniência em defesa da verdade.*

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos que me apoiaram com votos de confiança e sorrisos de genuíno interesse desde o início deste projeto.

Agradeço a minha família pelo suporte, a meus colegas pelo incentivo e a minha namorada pela inspiração que me proporciona a cada dia.

Registro agradecimento especial à Professora Cláudia Nalon, perpétua mestra e tutora, pelas oportunidades que tornaram possível este trabalho, e ao meu orientador, Professor Roberto Krauspenhar, pelo conhecimento, compreensão e entusiasmo que me foram prestados ao longo desta jornada.

”Os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo.”

Ludwig Wittgenstein.

RESUMO

A necessidade de justificação das decisões judiciais corresponde a importante preceito do Estado Democrático de Direito, evitando o comportamento arbitrário da autoridade jurisdicional. Para legitimar uma decisão, a justificação apresentada deve demonstrar a motivação das disposições que submetem os indivíduos afetados através de argumentos racionais.

As lógicas formais podem ser utilizadas como ferramentas de controle das decisões judiciais, através da formalização e subsequente análise do raciocínio conduzido para a justificação de uma conclusão. A análise lógica de argumentos jurídicos permite a identificação de falácias e proporciona um entendimento aprofundado das inferências realizadas com o fim de atingir uma decisão prática. A Lógica Deôntica é o sistema lógico formal tradicionalmente associado ao Direito, expressando simbolicamente as noções de obrigação, permissão e proibição.

A paraconsistência é uma propriedade de alguns sistemas lógicos que permite o raciocínio acerca de proposições efetivamente contraditórias, sem que isso implique na trivialização do sistema, isto é, na verdade e falsidade simultâneas de toda e qualquer assertiva. Isso permite desenvolver argumentos envolvendo, por exemplo, conflitos entre princípios jurídicos e direitos fundamentais.

O presente trabalho propõe-se ao estudo da Lógica Deôntica Paraconsistente como instrumento de análise de argumentos jurídicos. Para tanto, é apresentado o sistema L_1 , conforme apresentação de Cesar Antonio Serbena e José Renato Gaziero Cella, com sua aplicação ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal, que culminou no reconhecimento da atipicidade penal da interrupção da gravidez dos fetos acometidos por anencefalia.

Palavras-chave: lógica deôntica, paraconsistência, sistemas formais, anencefalia, aborto

ABSTRACT

The need for justification in judicial decisions represents an important premise of the Rule of Law, preventing arbitrary behaviour of judicial authority. In order to confer political legitimacy to a decision, the justification presented must demonstrate the motives behind the rulings which submit affected individuals through rational arguments.

Formal logics may be used as tools for controlling judicial decisions, by means of formalization and analysis of the trail of thought carried in the justification of a conclusion. Logical analysis of judicial arguments allows the identification of fallacies and enables a deeper understanding of the inferences made towards reaching a practical decision. Deontic Logic is the formal system of logic traditionally associated with the study of Law, due to its power to express symbolically the notions of obligation, permission and prohibition.

Paraconsistency is a property of some systems of logic which enables reasoning over propositions that are in direct contradiction, without trivialization of the system, *i.e.*, avoiding the simultaneous truth and falsehood of every assertion. This makes it possible to develop arguments regarding, for example, conflicts between principles of Law and fundamental rights.

The present work studies Paraconsistent Deontic Logic as an instrument for the analysis of judicial arguments. To that effect, the system L_1 is presented, according to Cesar Antonio Serbena and José Renato Gaziero Cella, with its application to the ruling by the Superior Tribunal Federal on the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, which concluded with the recognition of the termination of pregnancy in the case of diagnosis of the fetus with anencephaly as within the law.

Keywords: deontic logic, paraconsistency, formal systems, anencephaly, abortion

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 LÓGICA E DIREITO	12
1.1 NOÇÕES DE SISTEMAS LÓGICOS	12
1.2 NOÇÕES DE PARACONSISTÊNCIA	13
1.3 DIREITO E ARGUMENTAÇÃO	14
1.3.1 <i>Contexto de descoberta e contexto de justificação</i>	14
1.3.2 <i>Ordenamento jurídico</i>	16
1.3.3 <i>Argumentação jurídica</i>	18
2 LÓGICA FORMAL APLICADA AO DIREITO	20
2.1 CONCEITOS BÁSICOS	21
2.1.1 <i>Teoria de Provas</i>	22
2.2 LÓGICAS MODAIS	24
2.3 LÓGICA PARACONSISTENTE	25
2.4 DILEMAS DEÔNTICOS	27
2.5 LÓGICA DEÔNTICA PARACONSISTENTE	29
2.6 REPRESENTAÇÃO DO ORDENAMENTO	31
2.6.1 <i>Estrutura lógica da norma jurídica em sentido estrito</i>	32
3 ESTUDO DE CASO: ADPF Nº 54	34
3.1 DO ABORTO	34
3.2 DA ANENCEFALIA	37

3.3	DO DIREITO À VIDA	39
3.4	DO DIREITO À SAÚDE, À DIGNIDADE, À LIBERDADE, À AUTONOMIA, À PRIVACIDADE	41
3.5	CONFLITO DE NORMAS JURÍDICAS	43
3.6	DAS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO	46
	CONCLUSÃO	48
	REFERÊNCIAS	50
	Anexo A – ADPF Nº 54: VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO	52
	Anexo B – ADPF Nº 54: VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI	87

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a noção do que é jurídico foi questionada por diferentes correntes de pensamento. Para Hans Kelsen, jurídico é o que é posto como tal, positivado, compondo necessariamente um sistema coerente e, do ponto de vista lógico, consistente, não abrindo margem a conflitos normativos reais dentro de uma mesma proposta interpretativa. Entretanto, um entendimento contemporâneo é o de que o ordenamento jurídico é composto tanto por regras escritas como por princípios abstratos, e possivelmente contraditórios entre si. No Brasil, esse entendimento encontra respaldo expresso na própria lei e a prática jurídica também o acolhe na medida em que não é capaz de negá-lo, ainda que restem controvérsias quanto à extensão de seus efeitos (ÁVILA, 2011, p. 15).

Nessa perspectiva, o operador do Direito desempenha um papel mais complexo do que apenas conhecer e aplicar a lei, sendo imprescindível o uso de sua capacidade argumentativa na defesa de uma tese. No Estado Democrático de Direito, o julgador tem a obrigação de motivar suas decisões. Entretanto, ao utilizar-se de argumentação falaciosa e irracional, o juiz deixa de ser legítimo árbitro das controvérsias, travestindo-se em figura tirana a impor seus caprichos sobre os jurisdicionados. De modo idêntico, aqueles que buscam convencê-lo devem fazê-lo por meio da argumentação racional, único mecanismo capaz de motivar a decisão de um pretor imparcial.

A linguagem jurídica na qual são travados esses embates argumentativos apresenta certas peculiaridades. Embora técnica, ainda emprega em muitas situações a linguagem natural. Em particular, a legislação, que no Brasil é aparentemente produzida por leigos e para leigos, carece da acuidade técnica que a própria linguagem jurídica permite, muitas vezes incorrendo em ambiguidades ou incongruências com o sistema pré-existente. Os vícios típicos da linguagem natural, frequentemente inócuos no contexto da vida social, acabam por dificultar a interpretação coerente do ordenamento (BARBOSA, 2005, pp. 14–19).

Daí a importância do estudo da Lógica para o Direito: a justificação dos raciocínios argumentativos empregados na defesa de teses jurídicas. A Lógica é uma linguagem de caráter metacientífico que se propõe a estudar “a validade dos argumentos” e serve de base

direta e indireta para diversos ramos da Ciência e da Filosofia, tais como a Epistemologia, a Filosofia da Ciência, a Matemática e a Ciência da Computação. Como linguagem artificialmente construída, é apta a expressar com precisão as formas de raciocínio utilizadas nessas áreas.

A Lógica Deôntica Paraconsistente, objeto de estudo no presente trabalho, é um sistema lógico formal que se diferencia da Lógica Clássica pela presença de duas propriedades importantes. A primeira é a modalidade deôntica, que permite expressar noções de obrigação, permissão e proibição e conduzir raciocínios envolvendo esses conceitos através de um formalismo simbólico simples. A segunda corresponde à paraconsistência, que é a possibilidade de lidar com proposições contraditórias, porém válidas, sem que isso leve ao colapso do sistema. Essas características mostram-se úteis à análise formal de argumentos jurídicos ao propiciarem uma linguagem naturalmente adaptada a exprimir conflitos entre normas, permitindo verificar a adequação dos raciocínios empregados na justificação de argumentos jurídicos.

O primeiro capítulo lança as bases teóricas da metodologia adotada, introduzindo os conceitos fundamentais da Lógica e sua relação com a Ciência Jurídica.

O segundo capítulo traz as definições relevantes ao estudo da Lógica Deôntica Paraconsistente. Em seguida, é apresentado o sistema L_1 , que corresponde à variante de Lógica Deôntica Paraconsistente selecionada como ferramenta para a análise a que se propõe o presente trabalho, tendo como finalidade a aferição da racionalidade de argumentos jurídicos ante a exigência de justificação racional das decisões judiciais.

O terceiro capítulo trata do estudo de caso realizado acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que apreciou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sob o prisma da Lógica Deôntica Paraconsistente. Esse estudo contempla a formalização das normas jurídicas pertinentes ao caso da interrupção da gestação dos fetos anencéfalos e dos argumentos utilizados pelos Ministros do STF em seu julgamento.

1 LÓGICA E DIREITO

É possível utilizar a Lógica no estudo do Direito sob vários paradigmas. Este trabalho propõe o uso de uma lógica formal como ferramenta de análise de argumentos jurídicos, dada a necessidade de motivação racional das decisões judiciais. Inicialmente, são apresentados os fundamentos da Lógica e sua relação com a justificação de raciocínios pertinentes ao Direito.

1.1 NOÇÕES DE SISTEMAS LÓGICOS

A Lógica Clássica é um sistema formal desenvolvido a partir de noções simples e intuitivas, e claramente apresentado pela primeira vez por Aristóteles. A linguagem fornecida pela Lógica Clássica, contudo, é bastante limitada, permitindo apenas raciocínios lineares acerca de fatos atômicos tidos como verdadeiros ou falsos, conformando-se ao Princípio do Meio Excluído. Essas limitações levaram ao desenvolvimento de sistemas formais alternativos à Lógica Clássica.

As Lógicas Modais são uma família de sistemas concebidos como extensões à Lógica Clássica. A diferença daquelas para esta é a introdução das modalidades, que podem ser entendidas como relativizações contextuais do conceito anteriormente absoluto de verdade. Embora tenha se originado como esquema axiomático, o estudo moderno das Lógicas Modais baseia-se formalmente na semântica de “mundos possíveis” proposta por Saul Kripke no fim da década de 60, significando contextos distintos para a avaliação da verdade dos fatos (KRIPKE, 1963).

O tipo de modalidade diferencia os diversos sistemas pertencentes à família das Lógicas Modais. A Lógica Alética lida com verdades possíveis e necessárias. A Lógica Epistêmica considera verdades conhecidas e desconhecidas (por algum agente ou grupo de agentes). A Lógica Temporal trata de verdades relativas a momentos do tempo.

Em 1951, G. H. Von Wright publicou o primeiro artigo propondo uma formalização

axiomática completa da Lógica Deôntica (WRIGHT, 1951). As ideias apresentadas por Von Wright perduram até hoje, modificadas apenas para adequar-se à forma mais moderna da semântica de Kripke. (CHELLAS, 1980). As modalidades de obrigação, permissão e proibição caracterizam a Lógica Deôntica, que é de especial interesse para o Direito.

1.2 NOÇÕES DE PARACONSISTÊNCIA

A formalização das noções de obrigação, permissão, proibição e até mesmo sanção (no caso da Lógica Deôntica Diádica) já constitui uma ferramenta poderosa na análise lógica do raciocínio jurídico. Todavia, em vista da aceitação de princípios abstratos no ordenamento, a Lógica Deôntica ainda se mostra insuficiente. Ocorre que, na Lógica Deôntica, é possível conceber um fato com duas formas distintas de avaliação – verdadeiro e falso –, mas somente em contextos diferentes. Na ponderação de princípios, porém, é possível que dois princípios sejam contraditórios entre si, mas ainda assim ambos permanecem válidos num mesmo contexto – situação na qual um se sobrepõe sobre o outro, sem falsificá-lo (ÁVILA, 2011, pp. 51–64).

A literatura especializada já cita uma abordagem possível: a paraconsistência. Enquanto as Lógicas Modais, e consequentemente a Lógica Deôntica, são extensões da Lógica Clássica, e as conclusões desta (mais restrita) são sempre compatíveis com aquelas (mais amplas), o mesmo não ocorre com a Lógica Paraconsistente. Trata-se de outro formalismo alternativo à Lógica Clássica, mas que permite situações consideradas contraditórias no sistema clássico (DA COSTA et al., 1999, pp. 11–18).

O repúdio às contradições na Lógica Clássica vem de uma de suas regras básicas, popularmente conhecida pela assertiva de que “do falso tudo se conclui”. Dessa maneira, a partir do momento em que se admite alguma contradição – ou seja, que um fato seja simultaneamente verdadeiro e falso – qualquer outro fato pode ser demonstrado verdadeiro ou falso, trivializando a teoria.

Na Lógica Paraconsistente, uma ou mais regras de inferência aplicadas na Lógica Clássica (e também nas Lógicas Modais, por extensão) deixam de valer, impedindo que a trivialidade decorra automaticamente de uma contradição. Em outras palavras, trata-se de um sistema lógico que permite a inconsistência, mas não a trivialidade. Embora a negação de qualquer parte da Lógica Clássica cause desconforto aos que a tomam por autoevidente, não há justificativa concreta para impedir o uso de tal mecanismo como ferramenta de investigação. A Lógica Paraconsistente, então, parece mais adequada à

formalização de noções principiológicas conflitantes (BARBOSA, 2005, pp. 76–80).

A combinação dos dois formalismos, a Lógica Modal Deôntica e a Lógica Paraconsistente, resulta no que é denominado de Lógica Deôntica Paraconsistente. Sua expressividade modal permite raciocinar simbolicamente sobre obrigações, permissões, proibições e sanções, enquanto a paraconsistência não impede a ponderação de princípios contrários entre si, como ocorre na atividade jurídica real.

Parece razoável, portanto, supor que uma tentativa de formalização do raciocínio argumentativo do Direito através da Lógica Deôntica Paraconsistente possa trazer um melhor entendimento dos argumentos jurídicos utilizados para defender teses socialmente relevantes. Embora tal combinação já tenha sido suscitada na literatura como possível, não há ainda uma abordagem concreta sobre como deve se dar a integração dos sistemas da Lógica Deôntica e da Lógica Paraconsistente para que o resultado se adeque da melhor maneira possível ao raciocínio jurídico. As pesquisas já existentes também não contemplam estudos de caso com análise da jurisprudência consolidada no Brasil. As conclusões desse tipo de estudo podem, inclusive, introduzir validamente esse tipo de pensamento formal nas discussões jurídicas reais, ampliando o ferramental argumentativo do operador do Direito.

1.3 DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Preliminarmente, faz-se necessária uma abordagem precisa do método e da terminologia utilizados ao longo do texto. Em virtude do rigor que se pretende no tratamento dos temas a serem expostos, distinções importantes para o entendimento da proposta e do escopo do trabalho devem ser feitas com clareza, até mesmo porque muitas vezes a prática forense usurpa termos nucleares da ciência do direito, modificando-lhes o sentido para sua conveniência. Extremamente oportunas, portanto, serão as considerações de base que se seguem.

1.3.1 *Contexto de descoberta e contexto de justificação*

Para que fique bem delimitado o escopo deste trabalho, é conveniente apresentar a diferenciação, originária da Filosofia da Ciência, entre os contextos de descoberta e de justificação. Tais considerações têm por base a exposição de Manuel Atienza, conforme (ATIENZA, 2002, pp. 21–26).

Em geral, o contexto de descoberta corresponde a “descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógico” (ATIENZA, 2002, p. 21). Assim, trata-se de tarefa restrita a exibir a geração e o desenvolvimento do saber científico, processo esse incompatível com o exame lógico de sua estrutura.

Já o contexto de justificação “consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar sua validade” (ATIENZA, 2002, p. 21). Essa outra atividade abrange necessariamente (mas não somente) a análise lógica do raciocínio que busca convencer os outros da validade de suas conclusões.

Quando nos debruçamos sobre o campo da argumentação, o contexto da descoberta compreende “o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão” (ATIENZA, 2002, p. 22), enquanto que o contexto da justificação seria exatamente o fornecimento das razões para que seja tomada como válida a assertiva (premissa ou conclusão) obtida pelo processo de descoberta, com fundamento na lógica e no método científico.

Atienza aponta também que a diferenciação ora apresentada não se confunde com aquela feita entre *discurso descritivo* e *discurso prescritivo*:

A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação não coincide com aquela existente entre discurso descritivo e discurso prescritivo, a não ser pelo fato de que em relação tanto a um quanto a outro contexto se pode adotar uma atitude descritiva ou prescritiva. Por exemplo, pode-se descrever quais são as causas que levaram o juiz a emitir uma resolução no sentido indicado (o que significaria explicar sua conduta), mas também se pode indicar ou recomendar determinadas mudanças processuais para evitar que a ideologia dos juízes (ou jurados) tenha um peso excessivo nas decisões a tomar (por exemplo, fazendo com que tenham mais relevância outros elementos que fazem parte da decisão ou propondo ampliar as causas de rejeição de juízes ou jurados). E por outro lado pode-se descrever como o juiz em questão efetivamente fundamentou a sua decisão (baseou-se no argumento de que – de acordo com a Constituição – o valor da vida humana deve prevalecer sobre o valor da liberdade pessoal); ou então se pode dispor ou sugerir – o que por sua vez exige uma justificação – como o juiz deveria ter fundamentado a sua decisão (sua fundamentação deveria ter se baseado em outra interpretação da Constituição que subordina o valor da vida humana ao valor liberdade pessoal). (ATIENZA, 2002, pp. 22–23)

Percebe-se assim que ambas as modalidades de discurso, descritivo ou prescritivo, submetem-se tanto ao contexto da descoberta como ao contexto da justificação. Do ponto de vista da análise lógica a que se propõe este trabalho, faz-se uso do discurso descritivo – pela associação entre fatos e símbolos proposicionais – e também do discurso prescritivo

– pela introdução de operadores lógicos da modalidade deôntica (obrigatório, permitido, proibido).

Também cabe distinguir *justificação formal* e *justificação material* de argumentos. A justificação formal é a aplicação da dedução lógica que leva a uma conclusão necessária quanto à *correção* do argumento. Por outro lado, a justificação material decorreria do uso de lógica informal – como a tópica ou a retórica – para se considerar *aceitável* o argumento apresentado. (ATIENZA, 2002, p. 24).

No campo do Direito, são possíveis tanto a abordagem da justificação formal como a da justificação material. Frequentemente, ambas se complementam na tentativa de montar o raciocínio justificador de uma tese jurídica: uma vez estabelecidas premissas aceitáveis pelo processo de justificação material, estas são usadas para compor um argumento formalmente correto, levando inevitavelmente à conclusão exposta, pelo menos enquanto forem aceitas as premissas. O uso da lógica formal na prática jurídica é, portanto, bastante comum, sob a perspectiva de que a demonstração da correção de um argumento pode prescindir da simbologia usualmente associada à linguagem lógica, bastando apenas que seja evidenciado o processo dedutivo composto por premissas, conclusão e as relações de implicação entre elas.

A importância do contexto de justificação para o Direito contemporâneo reside na obrigação dos julgadores em motivar suas decisões. Tal dever, advindo da necessidade de legitimar o poder exercido pela autoridade judiciária, revela-se essencial à aceitação das decisões em uma sociedade na qual coexistem múltiplas ideologias e formas de pensar (ATIENZA, 2002, p. 25). Dessa forma, contribui-se para a pacificação social, finalidade esperada da Justiça em um Estado Democrático de Direito.

1.3.2 *Ordenamento jurídico*

Deixando de lado a problemática subjacente na definição do Direito, a qual não encontra e talvez jamais venha a encontrar o consenso (DINIZ, 2010, pp. 242–246), estabeleçamos desde já o conceito de *ordenamento jurídico* como o conjunto das normas jurídicas com vigência em determinado tempo e lugar. Surge, então, a primeira distinção conceitual importante para o entendimento do tema: aquela existente entre *texto legal* e *norma jurídica*.

O texto legal, também chamado de norma jurídica em sentido amplo (CARVALHO, 2011, pp. 126–131), compreende tão somente o enunciado prescritivo extraído de alguma

fonte de direito – seja esta material ou formal – e aberto à interpretação. Uma norma jurídica (em sentido estrito), por outro lado, consubstancia-se em um comando deôntico (de obrigação, permissão ou proibição) semanticamente completo em relação a todos os seus aspectos de aplicabilidade, isto é, seus sujeitos, a conduta prescrita, as circunstâncias de tempo e espaço, e a sanção correspondente. Dessa forma, a interpretação literal de um artigo de lei, os preceitos abstratos oriundos de um princípio geral do direito, ou até mesmo do costume local, são exemplos de mero texto legal e não de norma jurídica, vez que submetem-se à interpretação do jurista diante do caso concreto. Já o dispositivo de uma sentença é resultado da interpretação sistemática feita pelo juiz sobre vários textos legais, quanto à sua adequação à lide e a extensão de seus efeitos sobre os jurisdicionados em questão, e constitui exemplo de norma jurídica em sentido estrito. De fato, qualquer argumento jurídico aplicado a uma situação real é composto por normas jurídicas em sentido estrito, produzidas pelo intérprete a partir de normas em sentido amplo e logicamente encadeadas para atingir uma conclusão.

Ressalte-se que a expressão “texto legal” não significa, nesse contexto, a literalidade da lei, senão qualquer interpretação de uma fonte do direito desprovida de sentido deôntico completo, isto é, sem qualquer dos aspectos essenciais à sua aplicação direta. Por isso, é preferível a terminologia de normas jurídicas em sentido amplo e em sentido estrito.

Com isso, aproximamo-nos do entendimento de que, enquanto são objetos de estudo do Direito tanto a norma em sentido amplo como também a norma em sentido estrito, a *Ciência do Direito* desdobra-se apenas sobre a norma jurídica em sentido estrito (BARROS, 1998, pp. 43–48). Isso porque os pontos de estudo do texto legal, abrangendo sua produção, legitimidade e efetividade, são problemas que envolvem política e pragmatismo, não se sujeitando ao método característico da Ciência do Direito, mas guardando maior pertinência científica com outros campos do conhecimento, como a Sociologia, a Psicologia e a Ciência Política.

Em particular, deve ficar claro que o processo de *interpretação* das normas jurídicas em sentido amplo, e a consequente *produção* das normas jurídicas em sentido estrito, não integram diretamente o objeto deste trabalho, senão pela crítica sobre tais fenômenos que este pretende viabilizar. Nesse sentido, a formalização das normas jurídicas em sentido estrito encontradas nas decisões do Poder Judiciário brasileiro é mecanismo hábil a explicitar as consequências práticas necessárias dessas interpretações, possibilitando a análise racional da validade dos argumentos dos julgadores e, ainda, esclarecendo suas repercussões se tomados como corretas as premissas (em si normas jurídicas em sentido estrito)

para aplicação em outras situações.

1.3.3 *Argumentação jurídica*

Uma *proposição* é qualquer sentença passível de assumir exatamente um entre dois valores de análise, convencionalmente denominados verdadeiro ou falso. Entende-se por *argumento* o par formado por uma sequência ordenada de premissas e uma conclusão, em que cada premissa e a conclusão são necessariamente proposições. Conforme já mencionado, o argumento jurídico é aquele em que as premissas são normas jurídicas em sentido estrito, resultantes da articulação interpretativa do sujeito cognoscente sobre as fontes de direito com o intuito de justificar a conclusão. Nesse caso, fazemos a ressalva de que uma norma jurídica em sentido estrito não é verdadeira ou falsa, e sim *válida* ou *inválida* na medida em que pertence ou não ao ordenamento jurídico (conforme suas regras próprias de legitimidade e dedução).

Conceituamos um argumento (em geral) como *válido* se a conclusão é necessariamente verdadeira diante da verdade de cada uma das premissas (ATIENZA, 2002, pp. 27–34). No caso dos argumentos jurídicos, o conceito leva em conta, obviamente, a validade (e não a verdade) das premissas como determinante para a validade da conclusão. Ou seja, diante da aceitação das premissas como normas jurídicas válidas, é necessária a aceitação também da conclusão como norma jurídica válida.

Essa definição de validade dos argumentos é a usual no contexto da lógica formal. No caso da lógica argumentativa, avalia-se não a necessidade da conclusão, mas sua probabilidade, por conseguinte denominando-se o bom argumento como *plausível* e não como válido. Entretanto, por tratar o presente trabalho de uma análise que utiliza a lógica formal, afastamos esse conceito paralelo. As limitações que são impostas por essa posição serão compensadas através da identificação das normas jurídicas em sentido estrito, premissas do argumento, em sua estrutura completa, permitindo-se assim a identificação de lacunas ou falhas argumentativas com grande precisão, de modo a contribuir ao máximo para uma crítica informada da argumentação.

As consequências da definição ora imposta são interessantes. Se um argumento é inválido, então a conclusão não decorre necessariamente das premissas; entretanto, nesse caso nada se pode concluir sobre a conclusão. É possível que uma conclusão verdadeira figure em um argumento inválido, por não decorrer daquelas premissas mas talvez de outras. Também é possível que uma conclusão falsa resulte de uma argumentação válida, bastando para tanto que uma das premissas seja falsa – o significado disso é que, se fosse

verdadeira a premissa, a conclusão seria efetivamente necessária.

A Lógica é um instrumento essencial à validação de argumentos na medida em que um argumento ilógico não guarda qualquer capacidade de convencimento ou legitimação quanto a sua conclusão. Do ponto de vista prático, contudo, cabe ressaltar que mesmo um argumento logicamente válido não é necessariamente o mais adequado. Não se pode presumir que uma análise lógica rigorosa garanta a ausência de falhas em um argumento. Por outro lado, a desconstrução do argumento em premissas mais simples tende a auxiliar na identificação de seus pontos mais vulneráveis, o que se mostra bastante útil à crítica de argumentos jurídicos.

2 LÓGICA FORMAL APLICADA AO DIREITO

A Lógica, genericamente, é o estudo da *validade dos argumentos*. Classicamente, entendia-se por Lógica apenas a Lógica Proposicional, mas com o surgimento de outros sistemas de análise da validade de sentenças, aplicáveis nas mais diversas situações, fez-se necessário distinguir a Lógica Proposicional (ou Clássica) das demais Lógicas.

O que todos esses sistemas têm em comum é o fato de serem *sistemas formais*. Um sistema formal é aquele composto por uma *linguagem*, isto é, um conjunto de sequências de símbolos (ou *palavras*, ou ainda *sentenças* da linguagem) associado a *regras de inferência*, que determinam o que pode ser *válido* naquele sistema. Um *argumento*, portanto, é uma sequência de regras de inferência aplicadas a sentença da linguagem que mantém o caráter de validade (ou de falsidade) da sentença inicial.

Uma *Lógica Modal* é um sistema formal que estende o poder expressivo da Lógica Clássica através da introdução de elementos *modais*, que podem ser entendidos como qualificações de sentenças e argumentos lógicos. Modalidades usualmente incluem noções como possibilidade, probabilidade e necessidade. Outro conceito fundamental é o de “mundos possíveis”, que relativiza a noção de *verdade* nas lógicas modais, ao vincular os valores lógicos de “verdadeiro” ou “falso” a algum mundo possível, o que torna a avaliação de uma proposição dependente do contexto (CHELLAS, 1980, pp. 16–20). A Lógica Deontica, que qualifica suas sentenças como proibidas, permitidas ou obrigatórias, é um exemplo de Lógica Modal.

Nas seções seguinte, introduzimos com maior precisão os conceitos necessários ao entendimento dos sistemas formais abordados neste trabalho.

2.1 CONCEITOS BÁSICOS

A seguir apresentamos algumas conceitos básicos sobre sistemas formais, baseados em (HERRE; SCHROEDER-HEISTER, 1998), bem como noções iniciais de Lógica Clássica, conforme (HAACK, 2002, pp. 113–124, pp. 207–219), que serão úteis ao entendimento dos formalismos a serem apresentados neste trabalho.

Seja Σ um conjunto de símbolos, dito *alfabeto*. Uma *linguagem formal* \mathcal{L} sobre o alfabeto Σ é um conjunto de palavras (ou sentenças) formadas a partir da concatenação dos símbolos de Σ . A definição de uma linguagem formal é uma delimitação do conjunto de todas as palavras que poderiam ser formadas por símbolos de um alfabeto Σ . A linguagem contendo todas as possíveis palavras sobre Σ é chamada de *linguagem universal*, e denotada por Σ^* .

O conjunto das palavras com ortografia correta na língua portuguesa, por exemplo, pode ser entendido como uma linguagem formal sobre o alfabeto formado pelas letras latinas maiúsculas e minúsculas de “a” a “z”. Nesse caso, apenas algumas sequências de símbolos pertencem à linguagem: “casa” é uma palavra da língua portuguesa, mas “foobar” não o é, apesar de ambas serem formadas por símbolos do alfabeto latino.

Um *sistema formal*, por sua vez, é uma forma de gerar uma linguagem formal a partir de outra, mais simples (que chamaremos de *linguagem-base*). Para tanto, o sistema é composto por *regras* que determinam como combinar sentenças na linguagem-base para se obter sentenças na linguagem que o próprio sistema formal é capaz de gerar. A vantagem disso é que o sistema formal pode representar, com poucas regras, linguagens bastante complexas.

É importante distinguir o que chamamos de linguagem-base do que se entende por *metalinguagem*. A metalinguagem é uma linguagem utilizada para expressar características de outra linguagem (dita *linguagem-objeto*). Toda linguagem formal pressupõe uma metalinguagem, já que seria impossível descrevê-la sem se utilizar de uma outra linguagem para isso. No exemplo anterior, utilizamos a língua portuguesa como metalinguagem para descrever a própria língua portuguesa.

Os sistemas formais frequentemente são desenvolvidos com o objetivo de modelar aspectos da realidade. Uma *lógica* é um tipo de sistema formal que representa algum tipo de argumentação sobre fatos, os quais podem ser abstrações de eventos reais. A linguagem-base de uma lógica é usualmente chamada de *sintaxe*, enquanto que o conjunto

de regras para a determinação dos “bons argumentos” (ou seja, as sentenças que pertencem à linguagem representada pelo sistema formal lógico) formam a *semântica*.

No contexto de um sistema lógico, uma sentença φ é dita *satisfatível* se existe um possível conjunto de condições nesse sistema que levem à conclusão de que φ pertence à linguagem da lógica, de acordo com as regras semânticas desse sistema. Nesse caso dizemos que tal conjunto de condições *satisfaz* φ . Associada a condições que possam determinar seu valor lógico, uma sentença é dita *satisfeita* se esse valor corresponde a uma constante usualmente definida como “verdadeiro”. Nesse caso, dizemos que esse conjunto de condições é um *modelo* para essa sentença. Podemos estender esse conceito para conjuntos de sentenças: um conjunto de condições é um modelo para um conjunto de sentenças Γ se esse conjunto de condições satisfaz todas as sentenças de Γ . Na lógica proposicional, por exemplo, a condição para que uma fórmula seja satisfatível é a existência uma valoração booleana para seus símbolos proposicionais que a satisfaça.

Seja φ uma sentença em um sistema lógico. Dizemos que φ é uma *tautologia* se todo conjunto de condições que possam determinar seu valor lógico nesse sistema satisfaz φ . A fórmula φ é dita *consequência lógica* de um conjunto de sentenças Γ se todo modelo para Γ é também modelo para φ . A fórmula φ é dita *válida* se é consequência lógica do vazio, isto é, se é satisfeita independentemente das condições impostas ao sistema.

2.1.1 *Teoria de Provas*

Todo sistema lógico, como já mencionado, pressupõe um procedimento mecânico para se obter sentenças da linguagem-objeto a partir de outras. A esse tipo de procedimento, que deve ser composto por uma sequência finita de passos bem-definidos para chegar ao seu resultado, damos o nome de *algoritmo*. Tal procedimento nada mais é que uma formalização daquilo que entendemos abstratamente por *raciocínio*, ou seja, o processo através do qual um ente racional chega a suas conclusões sobre o mundo, partindo de algum saber prévio, como por exemplo o conhecimento empírico adquirido pela observação.

É importante ressaltar que não consideramos, no estudo da Lógica, as implicações filosóficas mais profundas desse tipo de representação. Em outras palavras, não interessa à Lógica se o pensamento humano pode ser sempre perfeitamente descrito por uma sequência de passos mecânicos bem-definidos. Um sistema lógico é apenas uma linguagem utilizada para modelar a realidade de algum modo útil, e não descrevê-la com perfeição.

A Teoria de Provas é o estudo dos algoritmos usados para deduzir novas sentenças

lógicas, os quais caracterizam, juntamente com a linguagem-base, o próprio sistema lógico, como já foi exposto na seção anterior.

Um *axioma* é uma sentença aceita como verdadeira no contexto de um determinado sistema lógico. Uma *regra de inferência* é um mecanismo para a obtenção de uma sentença a partir de um conjunto de sentenças. Um *cálculo dedutivo* ou *método de prova* é um par $\langle A, R \rangle$ composto por um conjunto de axiomas A e um conjunto não-vazio de regras de inferência R .

Sejam φ uma sentença e $\langle A, R \rangle$ um cálculo dedutivo. Uma *prova para φ* é uma sequência de sentenças

$$(\varphi_0, \varphi_1, \dots, \varphi_n)$$

onde $\varphi_n = \varphi$ e, para $0 \leq i < n$, temos que $\varphi_i \in A$ ou φ_i foi obtido a partir de regras de inferência em R e fórmulas anteriores

$$(\varphi_0, \varphi_1, \dots, \varphi_{i-1})$$

Seja Γ um conjunto finito de sentenças. Uma *prova para φ a partir de Γ* é uma sequência de sentenças

$$(\varphi_0, \varphi_1, \dots, \varphi_n)$$

onde $\varphi_n = \varphi$ e, para $0 \leq i < n$, temos que $\varphi_i \in A \cup \Gamma$ ou φ_i foi obtido a partir de regras de inferência em R e fórmulas anteriores

$$(\varphi_0, \varphi_1, \dots, \varphi_{i-1})$$

Tal sequência $(\varphi_0, \varphi_1, \dots, \varphi_n)$ é denominada *dedução de φ* , e se $\Gamma = \emptyset$ chamamos essa sequência de *demonstração de φ* .

No caso da aplicação da Teoria de Provas ao raciocínio jurídico, deve-se antes formalizar as premissas do argumento – que servirão como axiomas para o cálculo dedutivo – na linguagem formal adequada à análise que se pretende fazer. Com isso, o argumento será válido se existir uma dedução da conclusão a partir das premissas. Essa análise permite explicitar falhas no raciocínio ou direcionar críticas a um conjunto particular de premissas cuja validade seja pressuposto de correção do argumento.

2.2 LÓGICAS MODAIS

As definições apresentadas nesta seção tomam por base a exposição e notação apresentadas em (CHELLAS, 1980).

Uma *lógica modal* é um sistema formal que estende o poder expressivo da lógica clássica (ou até mesmo de outro sistema lógico, como a lógica intuicionista ou a lógica paraconsistente) através da introdução de *modalidades*. Uma modalidade pode ser entendida como uma qualificação de sentenças lógicas, expressa simbolicamente por um *operador modal*.

As modalidades mais comuns para lógicas modais envolvem *necessidade* e *possibilidade*. Uma lógica modal que lide com essas modalidades é dita *alética*. É interessante notar que basta definir apenas uma dessas modalidades, definindo nesse caso a segunda em função da primeira ou vice-versa: a necessidade de φ implica na impossibilidade de $\neg\varphi$.

Cada lógica modal tem seus próprios operadores modais e sua interpretação semântica distinta das demais. Entretanto, é possível estabelecer uma analogia entre as diversas modalidades das lógicas modais mais comuns, para melhor contextualizar o assunto, como mostra a Tabela 2.1.

Tabela 2.1: Modalidades análogas em diferentes lógicas modais

Aléticas	Epistêmicas	Deônticas	Existenciais	Dinâmicas
Necessário	Verificado	Obrigatório	Universal	Sempre
Possível	Não-falsificado	Permitido	Existente	Eventualmente
Impossível	Falsificado	Proibido	Vazio	Nunca

Para o Direito, é de especial interesse o estudo da Lógica Deôntica, cujas modalidades buscam representar as noções de *obrigatório*, *permitido* e *proibido* correspondentes à caracterização dos sistemas normativos reais.

Apesar de originalmente terem sido propostos esquemas axiomáticos para as principais lógicas modais, a semântica moderna baseia-se na ideia de “mundos possíveis”, que relativiza a noção de *verdade* nesses sistemas. Os valores lógicos de “verdadeiro” ou “falso” são vinculados a algum mundo possível, o que torna a avaliação de uma proposição dependente do contexto. A caracterização semântica dos operadores modais permite determinar quais axiomas são satisfeitos por uma lógica modal, permitindo sua classificação dentre

as demais. Alguns dos principais axiomas modais são, para um operador modal \Box :

- *Distributividade*: $\Box(\varphi \Rightarrow \psi) \Rightarrow (\Box\varphi \Rightarrow \Box\psi)$
- *Reflexividade*: $\Box\varphi \Rightarrow \varphi$
- *Serialidade*: $\Box\varphi \Rightarrow \neg\Box\neg\varphi$

Para compreender esses axiomas, suponha que o operador modal \Box apresentado acima signifique “obrigatoriamente”. Assim, a fórmula $\Box\varphi$ é lida como “obrigatoriamente φ ”.

Nesse caso, o axioma da distributividade significa que, se ψ é *obrigatoriamente* consequência de φ (pois é obrigatório que $\varphi \Rightarrow \psi$), então, se a condição φ for obrigatória, teremos que ψ também será obrigatório. Por exemplo: imagine que, pela lei, é obrigatório que, se alguém usar uma gravata amarela, pagará uma multa. Caso a lei passe a obrigar todos a usarem gravatas amarelas, sem revogar o que foi disposto anteriormente, isso nos leva à conclusão lógica de que será também obrigatório que todos paguem multas.

Já o axioma da reflexividade, se fizesse parte do sistema deôntico, implicaria que onde algo é obrigatório, então ocorre de fato; ou seja, a lei é sempre cumprida. Por exemplo, se é obrigatório andar calçado, o axioma da reflexividade nos garante que ninguém andarás descalço.

O axioma da serialidade também é conhecido como *axioma deôntico*. Ele traduz a noção de que, se algo é obrigatório, então sua negação não pode ser igualmente obrigatória. Por exemplo, se é obrigatório usar chapéu, então obviamente não pode ser obrigatório *não usar chapéu*. Caso não valesse o axioma deôntico, a lei nunca poderia ser cumprida, pois não é possível praticar e simultaneamente abster-se de praticar uma conduta.

Como deve ter ficado claro nos exemplos anteriores, a interpretação para as noções de “verdadeiro” e “falso” na Lógica Deôntica costuma ser, respectivamente, como *legal* e *ilegal*. Ou seja, a linguagem-objeto da Lógica Deôntica é aquela que contém tudo aquilo que está em conformidade com o ordenamento jurídico, e o que é verdadeiro no sistema lógico pertence a essa linguagem e é portanto legal; já as sentenças falsas não pertencem à linguagem e podem ser consideradas ilegais.

2.3 LÓGICA PARACONSISTENTE

Um princípio muito familiar e tido como essencial na Lógica Clássica (e em suas derivações) é o *Princípio da Não-Contradição*. Simbolicamente, podemos escrevê-lo como

$$\neg(\varphi \wedge \neg\varphi)$$

Em qualquer sistema lógico, o Princípio da Não-Contradição significa que a sentença acima é válida, ou seja, um fato e sua negação não podem ser simultaneamente verdadeiros, independentemente de qualquer condição. Outro princípio, que nada mais é do que uma releitura do Princípio da Não-Contradição, é o *Princípio da Explosão*. Esse último significa dizer que, do absurdo, qualquer coisa se conclui. Sistemas com essa característica são ditos *triviais*, e por terem um poder de expressividade praticamente nulo, não são de interesse para a maioria das áreas de aplicação da Lógica.

Na Lógica Clássica, esses princípios (Não-Contradição e Explosão) decorrem da combinação de três outros princípios básicos da Lógica Clássica:

- Introdução da Disjunção: $\varphi \Rightarrow \varphi \vee \psi$
- Silogismo Disjuntivo: $(\varphi \vee \psi) \wedge \neg\varphi \Rightarrow \psi$
- Lei do Corte: $\varphi \wedge (\varphi \Rightarrow \psi) \Rightarrow \psi$

Conhecendo esses princípios, é simples entender porque um sistema que admite contradições, na Lógica Clássica, torna-se trivial. Considere que p representa simbolicamente o fato “está chovendo”. Portanto, a sentença $p \wedge \neg p$ significa “está chovendo e não está chovendo”. Ignorando o absurdo que essa proposição pode representar em si mesma, sua admissão traz consequências ainda mais desastrosas para o sistema como um todo. Isso porque, tomando um variável q com significado indeterminado, é possível aplicar os princípios que acabamos de enumerar no seguinte raciocínio correto:

1. Está chovendo e não está chovendo (pela nossa premissa);
2. Se está chovendo, então está chovendo ou q (pela Introdução da Disjunção);
3. Está chovendo (por “1”) e se está chovendo então está chovendo ou q (por “2”), logo está chovendo ou q (pela Lei do Corte);
4. Está chovendo ou q (por “3”) e não está chovendo (por “1”), logo q (pelo Silogismo Disjuntivo).

Verifica-se portanto que, bastando apenas assumir a contradição $p \wedge \neg p$, a aplicação dos três princípios mencionados leva à satisfação de *qualquer* proposição q , independentemente

da relação que esta guarde com os objetos da contradição original, p (“está chovendo”). Por isso, não interessa o estudo de sistemas lógicos triviais, dada a sua completa falta de expressividade na distinção entre verdadeiro e falso.

A estratégia básica para se obter a paraconsistência em um dado sistema é essencialmente descartar um desses princípios – usualmente o Silogismo Disjuntivo –, pois sem qualquer um dos três não se obtém a Não-Contradição ou a Explosão, afastando a trivialidade que decorreria de uma contradição e tornando os sistemas paraconsistentes expressivos e interessantes (DA COSTA et al., 1999, pp. 11–18).

É importante notar que o acréscimo da paraconsistência é semântico quanto ao sistema lógico de base, mas não sintático. Isso significa que não há qualquer modificação nos símbolos ou em seu sentido padrão, mas sim nos mecanismos de dedução das proposições, comumente chamados de *regras de inferência*, que serão apresentados de maneira precisa em seguida.

2.4 DILEMAS DEÔNTICOS

O requisito de consistência para sistemas deônticos é, segundo alguns autores, problemático em si mesmo, sendo responsável pela introdução de sérios paradoxos, comumente chamados de *dilemas deônticos* (TESTA; CONIGLIO, 2008). São situações em que um sistema normativo oferece duas soluções conflitantes, e seu estudo resultou na crítica da Lógica Deôntica pura, exatamente por impossibilitar a aplicação prática dos argumentos formais envolvendo normas válidas que não poderiam ser, no mundo real, simultaneamente cumpridas.

Como exemplo de dilema deôntico, trazemos o famoso Paradoxo de Chisholm, discutido pela primeira vez em (CHISHOLM, 1963). A versão apresentada a seguir corresponde àquela em (TESTA; CONIGLIO, 2008).

Considere as seguintes proposições:

- (1) É proibido que João engravide Maria.
- (2) Não engravidar Maria proíbe que João se case com ela.
- (3) Engravidar Maria obriga que João se case com ela.
- (4) João engravidou Maria.

O conjunto de assertivas descrito é um dilema deôntico porque leva necessariamente às seguintes conclusões conflitantes:

- (5) É proibido que João se case com Maria (por “1” e “2”).
- (6) É obrigatório que João se case com Maria (por “4” e “3”).

A consequência desse dilema é a trivialização quanto às modalidades deônticas, isto é, toda e qualquer proposição torna-se obrigatória e simultaneamente proibida, tendo em vista que sua negação é também obrigatória (TESTA; CONIGLIO, 2008).

O que torna a crítica à abordagem consistente da Lógica Deôntica mais grave é que, diferentemente do que ocorre em outras lógicas (como a Lógica Clássica), o paradoxo advém de um conjunto perfeitamente aceitável de proposições, que não se contradizem diretamente, mas pela via oblíqua da modalidade deôntica, levando à esdrúxula situação de *trivialidade parcial* dos componentes modais do sistema.

Nesse ponto, explicam Testa e Coniglio:

Podemos notar que o cerne destes exemplos é a presença de uma obrigação primária e outra (contraditória à primeira) a qual podemos chamar de secundária, que se torna efetiva quando a primeira obrigação é violada. Percebemos, portanto, que a existência de dilemas de tal tipo é inevitável e usual, uma vez que obrigações podem ser violadas. Poderíamos aqui citar inúmeros exemplos de situações deste tipo: sabemos que “é obrigatório votar”, e “se não votar é obrigatório justificar a ausência” – a presença de uma norma que regula o ato de não votar já pressupõe a possibilidade de se violar a primeira norma, isto é, de não votar. Outro exemplo é o do “assassino gentil”, presente na literatura, que versa sobre normas morais: “é proibido matar” e, “se matar, é obrigatório fazê-lo gentilmente”, isto é, com o mínimo sofrimento para a vítima. Sabemos que muitas vezes a primeira norma deste exemplo é violada, como no caso de governos nos quais a pena de morte é legalmente instituída – ou seja é proibido matar mas, caso se mate (no exemplo, o governo) então deve-se fazer de maneira indolor. O fato é que muitas vezes obrigações são violadas e, por este motivo, seria desinteressante uma lógica que não pudesse lidar com tal tipo de situação caso queira ser uma ferramenta capaz de formalizar, de maneira minimamente satisfatória, o raciocínio deôntico. (TESTA; CONIGLIO, 2008)

Assim, verifica-se que a tentativa de impedir o surgimento de paradoxos como o de Chisholm no âmbito da Lógica Deôntica por meio de restrições ao que pode ser formalizado leva a uma diminuição extrema da utilidade e do poder expressivo que se esperaria de um sistema capaz de lidar com problemas do Direito. A existência dos dilemas deônticos é

um dos mais fortes argumentos a favor do uso da paraconsistência em sistemas de Lógica Deôntica.

2.5 LÓGICA DEÔNTICA PARACONSISTENTE

Existem muitas variedades de sistemas formais que podem ser enquadrados como Lógicas Deônticas Paraconsistentes. Neste trabalho, optamos por utilizar como ferramenta de análise dos raciocínios jurídicos o sistema lógico L_1 descrito em (CELLA; SERBENA, 1999), escolhido principalmente pela simplicidade sintática conveniente ao escopo deste trabalho.

Cabe ressaltar que a Lógica Deôntica Paraconsistente não é o único sistema passível de utilização na análise de argumentos jurídicos. Até mesmo a Lógica Proposicional, ao identificar as falácias clássicas do raciocínio dedutivo, apresenta relevância no controle da racionalidade dos argumentos que embasam decisões judiciais, sendo essa utilidade mantida pelo uso da Lógica Deôntica Paraconsistente. Para uma comparação entre diferentes paradigmas lógicos aplicáveis ao Direito, recomenda-se (BARBOSA, 2005).

Preliminarmente, deve-se estabelecer que os símbolos proposicionais ou variáveis do sistema correspondem às letras minúsculas do alfabeto latino (a, b, c, \dots) e representam proposições (assertivas) indivisíveis acerca do mundo. Já as fórmulas – conjunções sintaticamente bem formadas por símbolos proposicionais, por operadores lógicos e por outras fórmulas – serão indicadas por letras minúsculas do alfabeto grego ($\alpha, \beta, \gamma, \dots$). Também é possível compor fórmulas a partir de constantes de valor-verdade fixo, que serão denotadas por \top (verdadeiro) e \perp (falso).

Em L_1 , são definidos como operadores deônticos primitivos O_m e O_j , que significam “obrigatoriedade moral” e “obrigatoriedade jurídica”, respectivamente. Como operadores deônticos derivados são definidos P_m (“permissão moral”), P_j (“permissão jurídica”), F_m (“proibição moral”) e F_j (“proibição jurídica”). Além destes, tem-se ainda os operadores clássicos: \wedge (“e”), \vee (“ou”), \Rightarrow (“se... então”), \Leftrightarrow (“se e somente se”) e \neg (“não”).

Como exemplo de fórmulas, podemos citar $a \wedge b$, $\neg\phi \vee a$, $O_j(\psi \Rightarrow p)$. O operador \neg e os operadores deônticos são aplicados a uma única fórmula (operadores unários), e os demais combinam necessariamente duas fórmulas (operadores binários). O uso dos parêntesis é necessário quando houver risco de leitura ambígua.

Embora a semântica de mundos possíveis de Kripke seja a apresentação mais moderna,

como já mencionado anteriormente, sua introdução formal requer um estudo mais aprofundado de Teoria dos Conjuntos. Por isso, parece mais adequado seguir uma explanação dos axiomas que compõem a lógica L_1 , no intuito de facilitar o entendimento do tema.

Assim, uma *interpretação* ou um *modelo* em L_1 é uma valoração das variáveis relevantes ao sistema, isto é, um mapeamento entre cada símbolo proposicional que aparece nas fórmulas em análise e um dos valores-verdade possíveis (verdadeiro ou falso). A partir de uma interpretação, é possível determinar imediatamente o valor-verdade de qualquer fórmula que combine as variáveis com operadores clássicos (mas não necessariamente aquelas envolvendo operadores deônticos).

O valor-verdade de uma fórmula que contém um operador é dado pela definição do próprio operador e pelos valores-verdade dos argumentos envolvidos na operação lógica. Por exemplo, se p é falso, então $\neg p$ é verdadeiro.

A definição dos operadores clássicos é a usual. A negação, $\neg p$, inverte o valor-verdade de seu argumento p . A conjunção, $p \wedge q$, é verdadeira apenas se ambos os seus argumentos p e q forem verdadeiros. A disjunção, $p \vee q$, é verdadeira se pelo menos um de seus argumentos, p ou q , for verdadeiro. A implicação, $p \Rightarrow q$, é uma forma abreviada de representar $q \vee \neg p$, ou seja, é verdadeira se o conseqüente for verdadeiro ou se o antecedente for falso. A implicação dupla, $p \Leftrightarrow q$, é verdadeira se os argumentos p e q têm o mesmo valor-verdade (ambos verdadeiros ou ambos falsos).

Definindo $P_k \varphi := \neg O_k (\neg \varphi)$ – ou seja, algo é permitido se sua negação não é obrigatória – e $F_k \varphi := O_k (\neg \varphi)$ – isto é, algo é proibido se sua negação é obrigatória –, temos que os operadores deônticos satisfazem os seguintes axiomas (CELLA; SERBENA, 1999), com $k \in \{m, j\}$ (os axiomas de “1” a “4” valem tanto para operadores deônticos jurídicos como também para operadores deônticos morais):

$$(1) (O_k (\varphi \Rightarrow \psi)) \Rightarrow (O_k (\varphi) \Rightarrow O_k (\psi))$$

$$(2) (O_k \varphi) \Rightarrow (\neg O_k \neg \varphi)$$

$$(3) (O_k \varphi) \Rightarrow \neg((O_k \varphi) \wedge \neg(O_k \varphi))$$

$$(4) (\models \varphi) \Rightarrow (\models (O_k \varphi))$$

$$(5) (O_j \varphi) \Rightarrow (O_m \varphi)$$

$$(6) (O_m \varphi) \Rightarrow (P_j \varphi)$$

O axioma (1) traduz a noção de distributividade, já discutida anteriormente: se uma implicação é obrigatória, então a obrigatoriedade do antecedente obriga também o consequente. Trata-se de mecanismo destinado a estabelecer a obrigatoriedade de uma consequência normativa.

O axioma (2) denota a serialidade, também já explanada: o que é obrigatório não pode ser também proibido.

O axioma (3) impõe um limite à paraconsistência: os operadores de obrigatoriedade, O_m e O_j , são sempre consistentes. Isto é, aquilo que é obrigatório não pode ser, também, não obrigatório. Vale notar que, mesmo assim, admite-se a existência de fórmulas como $\varphi \wedge \neg\varphi$, contanto que φ não seja da forma $O_k \psi$.

O axioma (4) é uma regra de inferência comum à maioria das lógicas modais. O símbolo \models deve ser entendido como “é um teorema que”, o que significa que se algo é verdadeiro em todos os modelos que satisfazem algum grupo de premissas, então sua obrigatoriedade também será verdadeira. Intuitivamente, isso quer dizer que se as premissas implicam φ , também implicarão $O_m \varphi$ e $O_j \varphi$.

Os axiomas (5) e (6) são ditos *mistos*, pois combinam noções morais e jurídicas. De acordo com o axioma (5), toda obrigação jurídica é também uma obrigação moral, ou seja, sempre é obrigação moral cumprir a lei. Já o axioma (6) indica que toda obrigação moral deve ser permitida pelo Direito, isto é, a lei não viola a moral, mas é possível que praticar algo contra a moral não seja contra a lei.

Portanto, verifica-se que, ultrapassadas as barreiras da notação, a Lógica Deontica Paraconsistente tem acoplada dentro de si noções intuitivas de justiça e, no caso do sistema selecionado neste trabalho, suas relações com a moral.

2.6 REPRESENTAÇÃO DO ORDENAMENTO

Várias noções relevantes do Direito não decorrem necessariamente dos axiomas básicos da Lógica Deontica, e devem ser construídas através de novas fórmulas. Assim é a representação que esse sistema lógico fornece para o direito positivo. O propósito da Lógica Deontica neste trabalho é assistir na análise dos *argumentos jurídicos*, ou seja, determinar quais argumentos são válidos e levam a conclusões que estão em conformidade com o ordenamento. Entretanto, não é possível atingir esse objetivo sem ter como base, para cada caso analisado, as normas jurídicas relevantes, expressas nos termos da Lógica

Deôntica (WRIGHT, 1951).

2.6.1 *Estrutura lógica da norma jurídica em sentido estrito*

De modo geral, é possível dissecar uma norma jurídica em sentido estrito – isto é, aquela que tem sentido deôntico completo – em três componentes (VILANOVA, 2003, pp. 221–239):

- Hipótese de Incidência;
- Consequente normativo; e
- Sanção.

Interessa-nos formalizar esses componentes através da simbologia convencionada neste trabalho para a representação de proposições da Lógica Deôntica Paraconsistente.

Hipótese de incidência

A hipótese de incidência, isoladamente, tem a função de descrever as situações concretas que ensejam a aplicação da norma. Deve ficar claro que, em se tratando de suas normas jurídicas em sentido estrito, não há de se falar em *possibilidade* de aplicação. A norma, parte do ordenamento jurídico, aplicar-se-á a todo fato enquadrado na hipótese de incidência. Essa constatação não corresponde, em si, a qualquer orientação filosófica de extremismo positivista, tampouco se trata de simplificação do problema, mas na verdade decorre da própria definição de norma jurídica em sentido estrito. Uma vez que esta já é o resultado da articulação interpretativa das fontes do direito, não subsiste a possibilidade de uma outra norma vedar sua aplicação; no máximo, por se tratar de abordagem paraconsistente, poderá haver outra norma contrária que poderia ser aplicada alternativamente.

Nesse ponto, surge uma questão importante. Tendo em vista que a norma será aplicada ao caso que se subsume à hipótese de incidência, essa verificação, que representa o elo entre fato e direito, advém do convencimento do julgador, que por sua vez costuma formar-se a partir dos elementos probatórios. Não cabe à análise formal fazer essa vinculação, mas apenas explicitá-la de modo a permitir uma crítica precisa e dirigida do raciocínio empreendido na justificação da conclusão.

A hipótese de incidência se divide em diferentes aspectos, cada qual essencial à formação da norma jurídica em sentido estrito. Cabe aqui um comentário em relação à teoria da hipótese de incidência no âmbito do Direito Tributário, que pode elucidar alguns conflitos terminológicos entre ambos. Ocorre que, na definição de tributo, exige-se que a hipótese de incidência da norma que o institui disponha explicitamente no texto legal sobre cada um desses aspectos, sob pena de invalidade (CARVALHO, 2011, pp. 447–452). É preciso perceber, contudo, que trata-se de interessante exigência às normas instituidoras de tributos que não existe nas demais normas jurídicas em sentido amplo. Pode-se entender que, nesse caso, a norma tributária buscou aproximar-se da norma jurídica em sentido estrito, mas mesmo o texto legal que institui um tributo não corresponde a comando de sentido deôntico completo. Por outro lado, a norma jurídica em sentido estrito contém, por definição, todos os aspectos que caracterizam a hipótese de incidência.

Consequente normativo

O consequente é o conteúdo principal da norma, e significa a conduta que ela prescreve. Esse conceito remete à distinção que já foi feita entre normas jurídicas em sentido amplo e em sentido estrito. Naquela, o conteúdo está aberto à interpretação; nesta, o exercício interpretativo e integrativo do consequente já foi realizado. Portanto, a norma jurídica em sentido estrito tem um consequente normativo perfeitamente claro e bem definido, significando aquela conduta em concreto que é permitida, proibida ou obrigatória.

Sanção

A sanção se apresenta nos mesmos moldes do consequente normativo, consistindo em uma conduta prescrita, mas ocorre que sua aplicação sempre decorre de uma proposição composta entre hipótese de incidência e sanção: a sanção é obrigatória se *a hipótese de incidência é válida* (ou seja, a norma se aplica ao fato em exame) e *o consequente normativo não foi satisfeito*.

Existem normas jurídicas, mesmo em sentido estrito, que não apresentam sanção. Pode-se imaginar que isso seja comum na aplicação de normas que têm por base princípios gerais, uma vez que o mais usual é a previsão legal expressa da sanção aplicável. Ainda assim, é conveniente manter a sanção como elemento formador da estrutura da norma jurídica, sendo que os casos nos quais ela não é prevista são tratados simplesmente por uma sanção sem efeitos – para a Lógica, uma proposição deôntica vazia, que nada obriga.

3 ESTUDO DE CASO: ADPF Nº 54

Exposto o ferramental teórico de análise, baseado na Lógica Deontica Paraconsistente, passamos à sua aplicação a recente julgado do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, pela qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS – intentou o reconhecimento da constatação de feto acometido por anencefalia como hipótese lícita de terminação induzida da gestação. O resultado da votação, ocorrida em abril de 2012, deu provimento ao pedido, efetivamente reconhecendo como lícita e penalmente atípica a terminação médica proposital da gestação de fetos anencefálicos, prática que era até então tipificada como crime de aborto.

O presente trabalho, não tomando posicionamento algum quanto ao acerto ou não na conclusão obtida pelo julgamento, propõe-se a analisar os argumentos aduzidos pelos Ministros da Suprema Corte brasileira que serviram de fundamento a seus respectivos votos, através das ferramentas da Lógica Deontica Paraconsistente. O caso escolhido para estudo é particularmente rico em argumentação, uma vez que lida com noções complexas como a própria definição de vida, além de depender tanto da aplicação como do afastamento de princípios para justificar interpretações legais inovadoras.

Particularmente, serão analisados os argumentos expostos conforme os votos do Ministro Marco Aurélio Mello, relator do caso, pela procedência, e do Ministros Ricardo Lewandowski, pela improcedência, pronunciamentos esses cuja íntegra encontra-se nos anexos deste trabalho.

3.1 DO ABORTO

Para analisar, usando a Lógica Deontica Paraconsistente, a pertinência argumentativa da decisão do Supremo Tribunal Federal, primeiramente deve-se estabelecer formalmente as premissas que servirão de suporte lógico ao alcance da conclusão sobre o caso.

É óbvio que são premissas a serem traduzidas para a linguagem lógica os próprios dispositivos legais em exame, nessa hipótese, os artigos 124 e 126 do Código Penal, *verbis*:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Assim, a forma geral de uma norma jurídica será:

$$(\varphi \Rightarrow O_j \psi) \wedge ((\varphi \wedge \neg \psi) \Rightarrow O_j \sigma)$$

onde φ é a hipótese de incidência, ψ é o consequente normativo e σ é a sanção correspondente.

Para o propósito desta análise, não é relevante qual sanção é prevista para cada tipo penal, uma vez que foi postulado o afastamento completo da incidência das normas no caso dos fetos anencéfalos. Portanto, podemos simplificar a estrutura geral e definir σ como a variável proposicional s , significando apenas “existe sanção”.

Considerando que a lei não define o que é “aborto”, cabe ao hermeneuta extrair o significado dessa proibição. Nesse ponto, é possível haver divergências quanto a essa definição. Certo é que o relator não foi incisivo quanto à delimitação desse conceito.

Ainda assim, parece razoável admitir que a definição possa ser tomada como a seguinte: *trata-se de interrupção da gravidez de feto não morto*. Isso porque, para o relator, a morte fetal afasta a possibilidade da prática do aborto, o que constitui uma de suas principais teses na motivação de seu posicionamento sobre o caso, como será analisado em seguida. Os elementos dessa definição são, portanto, os mínimos: pelo significado dicionarizado da palavra, envolve a interrupção de uma gravidez e não se aplica na hipótese de tratar-se de feto morto.

Portanto, a hipótese de incidência fática que permite a ocorrência da conduta dos crimes de aborto deve compreender cumulativamente: a existência da gravidez, o que será denotado por g ; e a condição de não morto do feto, com notação f .

Já fica clara a relevância da discussão acerca do conceito de *vida*. Se o feto não tem vida, fica afastada a tipificação do aborto. Entretanto, se o feto está vivo, pela definição que se queira adotar, então trata-se da prática do aborto, por definição, e quem sustenta a legalidade da conduta deve chegar a essa conclusão por outra via.

De qualquer modo, já temos condições de enunciar a hipótese de incidência na linguagem do sistema L_1 :

$$g \wedge f$$

Cabe notar que, pela modelagem aqui empreendida, a hipótese de incidência é a mesma para ambos os tipos penais de aborto. Isso não contraria a noção corriqueira de incidência da norma penal, mas ao contrário, a torna precisa. O comando normativo contido no tipo penal é a proibição da conduta: essa é a essência da norma penal incriminadora, e esta incide a todo tempo e sobre todos os que se encontrem em condições de praticar aquela conduta.

Alternativamente, seria possível formalizar uma norma penal incriminadora com hipótese de incidência vazia, de modo que as condições que possibilitam a conduta estariam imbutidas na definição do próprio consequente normativo. Tal mudança não teria qualquer efeito prático, consistindo em alteração meramente sintática com sentido idêntico ao anteriormente estabelecido.

Por fim, a partir do que já foi explanado, a formalização do consequente normativo é direta:

$$O_j \neg a$$

onde a é uma variável que significa *há a interrupção intencional da gravidez*. Cumpre lembrar também que a construção $O_j \neg a$ tem o mesmo sentido que $F_j a$, isto é, é juridicamente proibida a interrupção da gravidez.

É importante observar que nesse caso há uma ambiguidade proposital. O procedimento estritamente correto seria definir a variável a com a informação acerca do sujeito ativo: significando *a mãe interromper ou consentir com a interrupção da gravidez* ou *outra pessoa interromper a gravidez com o consentimento da gestante*. Entretanto, considerando que o sujeito ativo representa a única diferenciação entre os dois tipos previstos pelos artigos 124 e 126 do Código Penal, é possível omitir esse dado ou considerá-lo im-

plícito, especialmente na medida em que não interfere em qualquer raciocínio que possa tomar essa definição como base, o que simplifica a simbologia utilizada sem prejuízo da análise proposta.

Portanto, a norma jurídica proibitiva do aborto é formalizada como:

$$((g \wedge f) \Rightarrow (F_j a)) \wedge ((g \wedge f \wedge a) \Rightarrow O_j s)$$

em que os símbolos proposicionais empregados apresentam os seguintes significados:

- g : existe gestação
- f : o feto está vivo
- a : ocorre a interrupção intencional da gravidez
- s : existe sanção

Conforme se constate útil, é possível acrescentar à essa formalização através da decomposição desses símbolos proposicionais para formular uma nova definição. Por exemplo, caso se decida formalizar o conceito de *vida*, a variável f pode vir a ser substituída por outras com significados mais restritos, porém cuja combinação agregue mais informações à norma formalizada.

3.2 DA ANENCEFALIA

O primeiro argumento exposto pelo Relator busca concluir que o feto anencéfalo não é vivo, considerando-se sua efetiva *morte cerebral* como ausência de vida. Nota-se de imediato, a partir da formalização empreendida quanto ao conceito do aborto, que essa linha de raciocínio tem o mérito de resolver o problema de forma direta, posto que se o feto não está vivo – isto é, se o valor-verdade de f é falso – então obviamente a hipótese de incidência da norma não é satisfeita e não se pode falar em aborto.

Reitere-se que a formalização da norma aqui apresentada não é a única possível, mas resultou da tentativa de ordenar logicamente o ideal do que seria o aborto do ponto de vista dos membros do Supremo Tribunal Federal. Poder-se-ia defender, tomando por base apenas o texto legal, que a norma em questão proíbe qualquer interrupção da gestação, esteja ou não o feto vivo. Presume-se que tal interpretação traria o inconveniente de

vedar a termação da gravidez mesmo diante da constatação de completo óbito fetal, o que é notoriamente reconhecido como fato atípico. De qualquer modo, a definição formulada neste estudo pautou-se pelo entendimento dos Ministros do STF, que se manifestaram no sentido de considerar a vida do feto como fator essencial da hipótese de incidência da norma proibitiva do aborto, o que não significa negar a possibilidade de conceitos alternativos.

Quanto ao conceito de morte, a condicionar os contornos da definição de vida, discorre o Ministro Marco Aurélio, apoiando-se em informações prestadas por especialistas no tema, *verbis*:

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular.

Mais adiante, o Relator rebate a existência do direito à vida para fetos anencéfalos, como se segue:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº 84.024/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.

(...)

Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97, para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral.

Formalizando a premissa de que a vida, para qualquer efeito jurídico, não existe no caso de morte cerebral, sendo essa a situação do anencéfalo, decorre a seguinte construção simples:

$$d \Rightarrow \neg f$$

em que d representa “o feto é anencéfalo” e f significa novamente “o feto está vivo”, ou seja, $\neg f$ traduz-se como a morte do feto.

Com isso, o argumento segue a Lógica Clássica, afastando a incidência do elemento deôntico, no caso, a proibição de interrupção da gravidez. Isso não significa que, necessariamente, a conduta é permitida, pois pode haver outra norma proibitiva incidente sobre a situação fática em questão. Contudo, a conclusão lógica do argumento impõe, de fato, a atipicidade da terminação gestacional em relação à norma penal proibitiva do aborto formalizada anteriormente.

Esse argumento, como se nota, é simples, direto e correto, na medida em que serviu-se da premissa de que o anencéfalo é um morto cerebral e portanto não é vivo, a qual, sendo aceita como válida, implica na validade da conclusão, através um raciocínio puramente clássico. Por esse motivo, uma crítica pertinente teria que ser direcionada à essa premissa ou à própria definição adotada para a norma.

3.3 DO DIREITO À VIDA

Com o argumento anterior, o Ministro Marco Aurélio pretendia evidenciar que o conflito de direitos fundamentais suscitado no caso, envolvendo o direito à vida do feto anencéfalo de um lado e vários direitos fundamentais da gestante no outro, seria apenas aparente, haja vista a classificação do feto como morto cerebral e o consequente reconhecimento da inexistência de seu direito à vida. Com isso, o Relator deixa claro que considera suficiente a primeira tese ventilada.

Entretanto, ciente de seu dever como julgador, buscou o Ministro apresentar outros argumentos, baseados em premissas diversas daquelas tomadas no posicionamento anterior, no intuito de ampliar o alcance de sua justificação, convencendo também aqueles que eventualmente discordem de alguma das bases do raciocínio antes lançado. Reconhece o Relator, contudo, que os novos argumentos não têm a mesma força imediata do anterior, pois enveredam pela ponderação dos direitos fundamentais, havendo nesse caso conflito real e não apenas aparente a ser dirimido:

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitamos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comundo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário.

O primeiro ponto abordado nessa nova linha de raciocínio pelo Ministro busca estabelecer o caráter não absoluto do direito à vida. De todo acertado o raciocínio do Relator ao identificar essa questão como preliminar, pois se fosse a vida um direito fundamental absoluto, deveria prevalecer sobre qualquer outro, salvo se fosse este também absoluto, o que simplificaria a discussão, levando muito provavelmente ao êxito da tese a favor criminalização da conduta.

Assim assentou o voto do Relator, *verbis*:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

Cabe uma consideração sobre o trecho citado. A conclusão de que não haveria hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos advém de argumento falacioso, ou senão pelo menos incorre em ambiguidade semântica. Isso porque os motivos expostos para tanto levam-nos, de fato, a concluir que o direito à vida não é estritamente *absoluto* sobre todos os outros, uma vez que a legislação identifica hipóteses em que fica sobreposto por outros direitos fundamentais, o que não é o mesmo que refutar a existência de uma *hierarquia* relacionando-o aos demais. Entretanto, se o Relator pretendeu com seu argumento concluir apenas que o direito à vida não estaria no topo de uma hierarquia entre direitos fundamentais, o raciocínio é plausível. Não se pretende, com essa observação, defender a existência de hierarquia entre direitos fundamentais, mas apenas apontar que o argumento apresentado para obter a conclusão oposta não é suficiente.

Prossegue o voto:

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos), a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo a proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.
(...)

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

Nesse ponto, deve-se observar que é plausível o argumento aduzido no primeiro parágrafo transcrito, em que conclui o Relator pela possibilidade de atenuação do direito à vida. Contudo, a assertiva seguinte, referente à diferença de tratamento entre o feto anencéfalo e o feto saudável, não se encontra tão bem embasada, além de decorrer de raciocínio passível de críticas, uma vez que por argumento análogo poder-se-ia defender que o direito à vida seja graduado conforme a viabilidade fetal, sendo os fetos com qualquer anomalia menos sujeitos à proteção que aqueles sem diagnóstico patológico. Poderia aqui o Ministro explicitar porque a anencefalia é diferente das demais enfermidades fetais para que se justificasse sua conclusão.

De qualquer modo, foi esse o entendimento do Relator. Para o presente estudo, importa apenas compreender que o voto rechaçou o caráter absoluto do direito à vida em detrimento de outros direitos fundamentais, avocando a ponderação como instrumento de resolução dos conflitos que emergem no caso.

3.4 DO DIREITO À SAÚDE, À DIGNIDADE, À LIBERDADE, À AUTONOMIA, À PRIVACIDADE

O voto aborda em seguida os direitos fundamentais da mulher que entende apresentarem conflito com o direito à vida do feto anencéfalo.

O Relator aponta opiniões de profissionais sustentando que a gravidez de feto anencéfalo apresenta riscos físicos mais acentuados em comparação com a gestação de feto saudável. Entretanto, o próprio Ministro reconhece que a questão é controvertida, apoiando-se efetivamente no dano emocional que a gravidez do feto anencéfalo causa à gestante para prosseguir em seu raciocínio:

Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastados como o

experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

(...)

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

Estabelece assim o fato de que a gestação de feto anencéfalo gera sério desgaste psicológico para a mulher, razão pela qual o Ministro sustenta que há efetiva lesão aos direitos fundamentais da gestante proibida de interromper sua gravidez:

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

(...)

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica, moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Extraí-se do voto que o conflito entre os direitos fundamentais já identificados, admitido pelo Relator apenas a título de reforço argumentativo, tem clara solução mediante a ponderação dos bens jurídicos protegidos, sendo essa solução favorável à atipicidade da terminação gestacional do anencéfalo. Desse debate emerge, enfim, a motivação para

o uso da Lógica Deôntica Paraconsistente na análise da argumentação, visto que até então servimo-nos adequadamente da Lógica Deôntica, sem a necessidade de tolerância a contradições.

A crítica inicial a esse trecho do raciocínio do Relator dirige-se ao fato de que, diferentemente do tratamento que dispensou ao direito à vida do feto anencéfalo, não houve a preocupação em definir o que se entendia por cada um dos direitos fundamentais da mulher que estariam sendo violados, havendo tão somente a seca enumeração dos dispositivos correlatos no texto constitucional.

Não obstante, no intento de demonstrar a aplicabilidade da paraconsistência, segue abaixo proposta para uma possível formalização de conflito entre o direito à vida e um outro direito fundamental, cujo significado pode ser substituído a contento conforme a análise que se queira fazer posteriormente.

3.5 CONFLITO DE NORMAS JURÍDICAS

O direito à vida do feto, sob o prisma teórico sedimentado ao longo do trabalho, deve ser formalizado como norma jurídica em sentido estrito. De modo semelhante à formalização da proibição do aborto, a sanção não tem relevância para a análise que está sendo conduzida, sendo adequado portanto representá-la apenas por s , isto é, “existe sanção”.

A hipótese de incidência tem a forma:

$$(g \wedge f \wedge m)$$

em que g significa a existência de gestação, f significa que o feto está vivo e é anencéfalo e m representa a existência de ameaça evitável à vida do feto.

O direito à vida do feto impõe a obrigação de evitar ameaça à vida do feto, o que será representado por

$$O_j t$$

em que t significa que estão sendo evitadas ameaças, e esse é o dever imposto pela norma, ou seja, a obrigação de evitar ameaças à vida do feto.

A norma jurídica que garante o direito à vida do feto anencéfalo será então

$$((g \wedge f \wedge m) \Rightarrow O_j t) \wedge (g \wedge f \wedge m \wedge \neg t \Rightarrow s)$$

com os significados já indicados para cada símbolo proposicional.

Quanto a essa definição, cabe notar que só incide o dever de preservação da vida fetal no caso de ameaça evitável, do ponto de vista fático. As lesões à vida do feto que sejam decorrentes de ameaças inevitáveis, de acordo com a norma formulada, não geram descumprimento da garantia do direito à vida. Novamente vale ressaltar que trata-se apenas de uma formalização dentre várias possíveis, das quais muitas seriam equivalentes e outras não, mas que parece plausível e em acordo com o contexto do problema sob análise.

Já o direito fundamental hipotético corresponde a outra norma jurídica em sentido estrito. É conveniente produzir uma estrutura semelhante à da norma que garante o direito à vida do feto, tratando-se ambas de garantias fundamentais. Tomando g como “existe gestação” e n como “existe ameaça evitável a bem jurídico da mulher”, a norma completa assumiria o formato

$$((g \wedge n) \Rightarrow O_j v) \wedge (g \wedge n \wedge \neg v \Rightarrow s)$$

com v significando que ameaças a bem jurídico da mulher estão sendo evitadas.

O conflito de normas se dá quando ambas as hipóteses de incidência são válidas, o que é situação possível e simbolicamente expressa como

$$(g \wedge f \wedge m \wedge n)$$

Isso implica na simultaneidade das obrigações:

$$O_j t \wedge O_j v$$

Para que o conflito se torne evidente, resta ainda a conexão lógica entre as duas condutas obrigatórias. No presente caso, essa conexão decorre de que terminar a gestação do feto anencéfalo é obrigatório por $O_j v$, mas proibido por $O_j t$, sendo esta última apenas outra forma de escrever $F_j \neg t$. Uma maneira simples de formalizar essa propriedade, sem

a utilização de novos símbolos, é

$$(v \Rightarrow \neg t) \wedge (t \Rightarrow \neg v)$$

Em palavras, evitar a ameaça ao bem jurídico materno implica em não evitar – pois corresponde na verdade a causar – a ameaça à vida do feto anencéfalo, e da mesma forma a contrarrecíproca, isto é, evitar a ameaça à vida do feto anencéfalo – a terminação da gravidez – implica em não evitar ameaça ao bem jurídico da gestante, seja este sua dignidade, saúde, liberdade sexual ou outro. A fórmula foi escrita com ambos os sentidos de implicação (direto e contrarrecíproco) apenas para fins de clareza, mas é tecnicamente redundante já que toda contrarrecíproca decorre de sua versão direta pela Lógica Clássica, o que também vale para o sistema em estudo.

O que se tem, portanto, é a conjunção de obrigações mutuamente contraditórias, o que, por estarem inseridas em um ordenamento modelado como paraconsistente, não traz problemas de trivialidade, permitindo a continuação do raciocínio.

A solução dada pelo Relator baseou-se na ponderação direta das consequências de cada obrigação, o que, embora possa ser expresso com riqueza pela linguagem lógica, apresenta complexidade quanto ao número de variáveis e seus respectivos significados que ultrapassa o escopo deste estudo. Ainda assim, a regra da ponderação entre dois comandos deônticos $O_j t$ e $O_j v$ pode ser expressa de maneira simplificada como

$$(d \Rightarrow t) \wedge (w \Rightarrow v)$$

em que d representa ponderação favorável à proteção da vida do feto anencéfalo e w significa ponderação favorável à proteção de bem jurídico materno.

Apesar de pouco acrescer do ponto de vista semântico, esta última fórmula ilustra a racionalidade da Lógica Deôntica Paraconsistente, exemplificando como uma decisão prática pode ser representada mesmo diante de um conflito normativo real. Isso porque o que ocorre efetivamente não se confunde com aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido. A paraconsistência é uma forma de expressar a impossibilidade de se descartar uma norma em detrimento de outra, constituindo recurso lógico-linguístico de representação do ordenamento completamente coerente com a aplicação pragmática da Teoria do Direito Positivo.

3.6 DAS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO

O Ministro Ricardo Lewandowski manifestou-se contrariamente aos argumentos apresentados pelo Relator, sob o fundamento de que a decisão favorável à atipicidade da interrupção gestacional do feto anencéfalo traria grave abertura para a descriminalização de diferentes hipóteses de aborto, sob a mesma motivação consistente na ponderação de direitos fundamentais, constituindo verdadeira inovação normativa a extrapolar a competência do Supremo Tribunal Federal.

Esclarece o Ministro:

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.

Sua conclusão quanto à inviabilidade do pleito fica clara na parte dispositiva do voto, *verbis*:

Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido.

Cabe a esse respeito a consideração de que o Ministro Ricardo Lewandowski não refutou diretamente os argumentos trazidos pelo Relator. Muito embora seja possível identificar que sua argumentação seria suficiente para afastar a possibilidade de julgamento favorável à peticionante devido a uma limitação na competência do STF, o argumento cotejado em primeiro plano no voto Relator, qual seja, a efetiva atipicidade do fato pela morte cerebral do feto anencéfalo, não foi apreciado pelo Ministro Lewandowski.

Do ponto de vista lógico, a intervenção do Ministro representa não um argumento a invalidar aqueles apresentados pelo Relator, mas a discordância com a premissa, até então implícita, de que o direito à vida e os direitos fundamentais da mulher podem ser considerados normas jurídicas em sentido estrito, sem prévia regulamentação legal sobre o tema. Desse modo, nenhuma das formalizações desses direitos fundamentais seria legítima, podendo-se considerar, no máximo, a troca das obrigações jurídicas (O_j) por obrigações morais (O_m), o que não seria suficiente para autorizar a decisão de procedência, segundo seu entendimento.

Deve restar claro, pela análise empreendida, que a coexistência de normas jurídicas contraditórias não implica necessariamente em um impasse real, e que os instrumentos de resolução de conflitos normativos podem ser adequadamente representados e aplicados no âmbito da Lógica Deôntica Paraconsistente.

CONCLUSÃO

O trabalho teve por objetivo expor as ferramentas da Lógica Deôntica Paraconsistente para a formalização e análise de argumentos jurídicos. Para tanto, foram apresentados os fundamentos teóricos para o entendimento dos conceitos lógicos, sendo estes posteriormente relacionados à Teoria da Norma Jurídica lançada por Lourival Vilanova (VILANOVA, 2003) e complementada e compilada por Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2011). Em seguida, foi introduzido o sistema L_1 de Lógica Deôntica Paraconsistente, conforme (CELLA; SERBENA, 1999), selecionado para este trabalho por sua notação simplificada.

Foi realizado estudo de caso tendo como objeto o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal, através da análise dos votos do Ministro Marco Aurélio Mello, relator, e do Ministro Ricardo Lewandowski. Os argumentos jurídicos utilizados para embasar seus respectivos posicionamentos foram submetidos a uma proposta de formalização, tendo como base o sistema L_1 , a partir da qual foram analisados quanto à sua validade lógica e suficiência de explicitação de premissas.

Através do estudo empreendido no trabalho, foi possível identificar e isolar os pontos mais importantes de cada argumento utilizado na fundamentação dos votos analisados, tecendo-se críticas direcionadas às premissas problemáticas ou duvidosas. Essa análise proporciona um entendimento aprofundado da argumentação dispendida e exemplifica a aplicação da Lógica Deôntica Paraconsistente a um caso prático.

Não se afirma, contudo, ser a Lógica Deôntica Paraconsistente a única abordagem possível ao problema da justificação do raciocínio jurídico. Muito embora a Lógica Deôntica sofra duras críticas em razão de sua abertura a paradoxos, como é o caso do Paradoxo de Chisholm, existem linhas de estudo voltadas para sua aplicação à mesma problemática, ainda que em escopo mais restrito. Também já foram desenvolvidos sistemas denominados de Semiparaconsistentes, que propõem uma atenuação da propriedade da paraconsistência com o propósito de preservar algumas das noções intuitivas e familiares da Lógica Clássica que são perdidas na transição para um sistema não consistente (MCGINNIS, 2007). Além

das frentes de pesquisa em Lógica Formal, também merecem atenção os estudos retóricos da lógica material, como é o caso da linha de trabalho de Manuel Atienza (ATIENZA, 2002). Todas essas ferramentas apresentam valor no estudo da justificação de argumentos jurídicos, constituindo diferentes abordagens para um mesmo problema.

Desse modo, constata-se que a Lógica Deôntica Paraconsistente é um sistema formal útil à análise de normas e argumentos jurídicos. Portanto, o presente trabalho apresenta importância para a Ciência do Direito ao apontar ferramenta que auxilia na verificação da racionalidade dos argumentos utilizados pelos julgadores ao embasar suas decisões, cujas consequências, com crescente relevância, moldam a realidade social.

REFERÊNCIAS

- ATIENZA, M. *As Razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2002.
- BARBOSA, C. M. *Lógica e Direito: Linguagem Jurídica sob Diferentes Paradigmas Lógicos*. Curitiba, Brasil: Juruá Editora, 2005.
- BARROS, C. G. de. *Teoria Geral do Direito e Lógica Jurídica*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Forense, 1998.
- CARVALHO, P. de B. *Direito Tributário: linguagem e método*. 4^a. ed. [S.l.]: Editora Noeses, 2011.
- CELLA, J. R. G.; SERBENA, C. A. Lógica deôntica paraconsistente e *Hard Cases*. In: *Meio Século de Filosofia: Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia (de 06 a 11 de setembro de 1999)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1999. II, p. 973–986.
- CHELLAS, B. F. *Modal Logic: An Introduction*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 1980.
- CHISHOLM, R. M. Contrary-to-duty imperatives and deontic logic. In: *Analysis*. [S.l.]: Oxford University Press, 1963. v. 24, n. 2, p. 33–36.
- DA COSTA, N. C. A. et al. *Lógica Paraconsistente Aplicada*. São Paulo, Brasil: Editora Atlas, 1999.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 21^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HAACK, S. *Filosofia das lógicas*. São Paulo, Brasil: Editora UNESP, 2002.
- HERRE, H.; SCHROEDER-HEISTER, P. Formal languages and systems. In: *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. [S.l.]: Routledge, 1998.
- KRIPKE, S. A. Semantical considerations on modal logic. *Societas Philosophica Fennica*, Helsinki, Finlândia, v. 16, p. 83–94, 1963.
- MCGINNIS, C. N. *Paraconsistency and Deontic Logic: Formal Systems for Reasoning with Normative Conflicts*. Tese (Doutorado), University of Minnesota, 2007.
- TESTA, R. R.; CONIGLIO, M. E. Dilemas deônticos e escolha: Considerações pragmáticas. CLE 30 / XVEBL / XIV SLALM, Novembro 2008.
- VILANOVA, L. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2003.

WRIGHT, G. H. von. Deontic logic. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, v. 60, n. 237, p. 1–15, Janeiro 1951.

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12^a. ed. São Paulo, Brasil: Malheiros Editores, 2011.

ANEXO A – ADPF Nº 54: VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Padre Antônio Vieira disse-nos: *“E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre”* – Sermão da Primeira Domingo do Advento.

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal¹ (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese

¹Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia.

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

Na discussão mais ampla sobre o aborto, consoante salientam Telma Birchall e Lincoln Farias, incumbe identificar se existe algum motivo que autorize a interrupção da gravidez de um feto sadio. No debate sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o enfoque mostra-se diverso. Cabe perquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto.² Conforme Luís Carlos Martins Alves Júnior, cumpre indagar se a mulher que se submete à antecipação

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

² Aborto de fetos anencéfalos, *in* Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser presa e ainda se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão.³

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa. Começemos pelo Estado laico.

1. A República Federativa do Brasil como Estado laico

“Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”, Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17

Nas palavras de De Plácido e Silva: “LAICO. Do latim laicus, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição ao de bispo, ou religioso⁴”.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, inicia-se com “EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE” e, no artigo 5º, preconiza que “A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo” (grifei).

José Afonso da Silva, ao comentá-la, assevera⁵:

... realmente, a Constituição Política do Império estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império (art. 5º), com todas as consequências derivantes dessa qualidade de Estado confessional, tais como a de que as demais religiões seriam simplesmente toleradas, a de que o Imperador, antes de ser aclamado, teria que jurar manter aquela religião (art. 103), a de que competia ao Poder Executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, II), bem como conceder ou negar os beneplácitos a atos da Santa Sé (art. 102, XIV), quer dizer, tais atos só teriam vigor e eficácia no Brasil se obtivessem aprovação do governo brasileiro.

Apesar do disposto no artigo 5º, o artigo 179 da Constituição do Império assegurava a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a

³ In O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10488>.>

⁴ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico Conciso*. Editora Forense Jurídica. 1ª edição, 2008, p. 45. Anoto não estar em discussão eventual distinção terminológica entre laicidade e laicismo.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª edição. SP: Malheiros, 2003. p. 249/250.

liberdade, a segurança civil individual e a propriedade”. Da leitura dos incisos, verifica-se a liberdade de ação em geral, ainda que simplesmente formal⁶.

Elza Galdino relembra que o Decreto nº 001144, de 11 de setembro de 1861, indicava a natureza tolerante do Império brasileiro.

Transcrevo-o⁷:

Faz extensivos os efeitos civis dos nascimentos, celebrados na forma das leis do Império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e óbitos das ditas pessoas bem como as condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas possam praticar atos que produzam efeitos civis.

Antes de ser aclamado, cabia ao Imperador realizar o juramento de manter a religião católica como oficial e nacional, devidamente protegida, nos seguintes termos:

Juro manter a religião católica apostólica romana, a integridade, a indivisibilidade do Império, observar e fazer observar a Constituição Política da nação brasileira e mais leis do Império e prover ao bem geral do Brasil, quanto em mim couber (artigo 103 do Texto Maior de 1824).

Era tamanha a importância atribuída ao referido juramento que, na dicção da Lei Fundamental de 15 de outubro de 1827, seriam severamente punidos todos aqueles que

⁶ Art. 179.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

(...)

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d’outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

⁷ Estado sem Deus – A obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 71.

contribuíssem para a sua destruição. Caso se tratasse de Ministros e Secretários de Estado, sobre eles recairia a acusação de traição⁸.

Pode-se afirmar que, até então, o Brasil era um Estado religioso relativamente tolerante. Relativamente porque, embora estendesse os efeitos civis a atos religiosos em geral e permitisse a realização de cultos não católicos, limitava-os ao âmbito doméstico e aos templos, proibindo qualquer manifestação não católica exterior. No limiar da transição do Império para a República, o Estado brasileiro houve por bem separar-se da Igreja, conforme evidencia a ementa do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, o qual:

Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.

Registro histórico interessante é a correspondência entre Dom Marcelo Costa, Bispo do Pará, e Ruy Barbosa, Ministro do Governo Provisório incumbido de redigir o decreto do qual adviria a separação entre o Estado e a Igreja. Em 22 de dezembro de 1889, Dom Marcelo Costa, impossibilitado de comparecer a certa reunião, enviou carta ao Ministro manifestando-se acerca do “decreto de separação”:

Não desejo a separação, não dou um passo, não faço um aceno para que se decrete no Brasil o divórcio entre o Estado e a Igreja. Tal decreto alterando profundamente a situação da Igreja poderia causar grande abalo no país. Talvez fosse de melhor prudência, de melhor política e até mais curial reservar esse assunto para a próxima assembléia constituinte. Mas, se o Governo Provisório está decidido a promulgar o decreto, atenda-se o mais possível à situação da Igreja, adquirida entre nós, há cerca de três séculos. É evidente que sob o pretexto de liberdade religiosa não devemos ser esbulhados⁹.

A laicidade, que não se confunde com laicismo¹⁰, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo – a Constituição de 1934 fê-lo no artigo 17, incisos II e III¹¹, ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior

⁸ SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *in* Revista de Informação Legislativa, v. 11, n. 41, p. 75-126, jan./mar., 1974. p. 81.

⁹ *Apud* SCAMPINI, Ob. cit. p. 81.

¹⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra Editora, 1996. p. 306 e 307. Laicidade significa uma atitude de neutralidade do Estado, ao passo que laicismo designa uma atitude hostil do Estado para com a religião.

¹¹ Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

de 1937 menciona-o no artigo 32, alínea “b”¹² ; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no artigo 31, incisos II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal¹³ ; no Diploma Constitucional de 1967¹⁴ e na Emenda Constitucional nº 1/69¹⁵ , o preceito ficou no artigo 9º, inciso II.

Na mesma linha, andou o Constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado. Nos debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Antônio Mariz, enfatizou:

o fato de a separação entre Igreja e Estado estar hoje incorporada aos valores comuns à nacionalidade, não é suficiente para eliminar do texto constitucional o princípio que a expressa.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 consagra não apenas a liberdade religiosa – inciso VI do artigo 5º –, como também o caráter laico do Estado – inciso I do artigo 19. Citados preceitos estabelecem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

¹² Art 32 - É vedado à União, aos Estados e aos Municípios:

b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

¹³ Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

¹⁴ Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar;

¹⁵ Art. 9º - À União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1980)

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar; e

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;
[...]

Pois bem, Senhor Presidente, não obstante tais dispositivos, o preâmbulo da atual Carta alude expressamente à religião cristã. Eis o teor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

No entender de Pinto Ferreira, “(...) o preâmbulo é parte integrante da Constituição e tem a sua significação política, como uma reprodução altamente clara do conteúdo da Constituição em forma popular”¹⁶ .

Antes, João Barbalho anotara não ser o preâmbulo “(...) uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela [Constituição]; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuítos dos que a arquitetaram”¹⁷ .

A despeito de tais opiniões, essa não foi a posição abraçada por este Supremo quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso¹⁸ . Na ocasião, o Tribunal explicitou que a menção a Deus carece de força normativa, conforme se depreende da ementa:

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

¹⁶ Comentários à Constituição Brasileira, v. 1. SP: Saraiva, 1989. p. 71.

¹⁷ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. Constituição Federal Brasileira: Comentários. Brasília: Senado Federal, 1992

¹⁸ Publicado no Diário da Justiça de 8 de agosto de 2003.

Naquela assentada, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que a “locução ‘sob a proteção de Deus’ não é norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigações para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do país”¹⁹.

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida –, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.

Merece observação a temática afeta aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas. A discussão voltou à balha com a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul no sentido da retirada dos símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça estadual gaúcha. Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprovava qualquer delas²⁰.

Há mais. Causa perplexidade a expressão “Deus seja louvado” contida nas cédulas de R\$ 2,00, R\$ 5,00, R\$ 10,00, R\$ 20,00, R\$ 50,00 e R\$ 100,00, inclusive nas notas novas de R\$ 50,00 e R\$ 100,00, essas últimas em circulação a partir de 13 de dezembro de 2010. Em princípio, poder-se-ia cogitar de resquício da colonização portuguesa, quando era comum a emissão de moedas com legendas religiosas, ou de prática advinda do período imperial. Diligência junto ao Banco Central, no entanto, revelou que o Conselho Monetário Nacional – CMN, ao aprovar as características gerais das cédulas de Cruzados e de Cruzeiros, recomendou, de acordo com orientação da Presidência da República, que nelas fosse inscrita a citada locução. Nas cédulas de Cruzados, começou, então, a ser utilizada inclusive naquelas que tiveram a legenda adaptada: Cz\$ 10,00 (Rui Barbosa), Cz\$ 50,00 (Oswaldo Cruz) e Cz\$ 100,00 (Juscelino Kubitschek) – Voto CMN 166/86, Sessão 468, de 26 de junho de 1986. Quando voltou a vigorar o padrão Cruzeiro (1990), foi suprimida no início, inclusive nas que tiveram a legenda adaptada: Cr\$ 100,00 (Cecília Meireles), Cr\$

¹⁹ José Renato Nalini, em texto publicado na seção Tendências/Debates da Folha de São Paulo, em 24 de setembro de 2009, sob o título “A cruz e a Justiça”, destaca o fato de a nação brasileira ter “nascido” sob a invocação da cruz, já tendo sido chamada, inclusive, de Terra de Santa Cruz.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 59.

200,00 (República) e Cr\$ 500,00 (Ruschi). Voltou a ser usada a partir da cédula de Cr\$ 50.000,00 (Câmara Cascudo), em 1992, com base no Voto CMN 129/91 – Sessão 525, de 31 de julho de 1991. No início do padrão Real, foi retirada, mas retornou, após a emissão de algumas séries, em observância ao pedido do Ministro da Fazenda (Aviso nº 395, de 30 de março de 1994, do Ministério da Fazenda, Voto BCB/221, Sessão 1.577, de 8 de junho de 1994, Comunicado MECIR 4.050, de 20 de julho de 1994).

Vê-se, assim, que, olvidada a separação Estado-Igreja, implementou-se algo contrário ao texto constitucional. A toda evidência, o fato discrepa da postura de neutralidade que o Estado deve adotar quanto às questões religiosas. Embora não signifique alusão a uma religião específica, “Deus seja louvado” passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apoia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais, por força dos mencionados artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição da República. Desses dispositivos resulta, entre outras consequências, a proibição de o Estado endossar ou rechaçar qualquer corrente confessional. Consigno, para efeito de documentação, que ao término de 2011, o Ministério Público intercedeu objetivando esclarecimentos sobre a matéria. Porém, não houve, até aqui, desdobramento sob o ângulo da efetiva impugnação.

A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmento, revela-se princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário²¹.

Analisando o tema sob o primeiro ângulo, que garante a não intervenção estatal no âmbito religioso, este Tribunal, em meados da década de 50, consignou competir exclusivamente à autoridade eclesiástica resolver sobre normas da confissão religiosa. Nas palavras do relator do Recurso Extraordinário nº 31.179/DF, Ministro Hahnemann Guimarães, então ocupante desta cadeira e Professor da Nacional de Direito:

[A] autoridade temporal não pode decidir questão espiritual, surgida entre autoridade eclesiástica e uma associação religiosa. Esta impossibilidade resulta da completa liberdade espiritual, princípio de política

²¹ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, *in* Revista de Direito do Estado, Ano 2, nº 8: 75-90, out./dez. 2007

republicana, que conduziu à separação entre a Igreja e o Estado, por memorável influência positivista, de que foi órgão Demétrio Ribeiro, com o projeto apresentado ao Governo Provisório em 9 de Dezembro de 1889²².

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, o Supremo, a uma só voz, primou pela laicidade do Estado sob tal ângulo, assentada em que o decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello, enfatizou de forma precisa:

nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (grifos no original).

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles²³. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso.

²² Diário da Justiça de 26 de junho de 1958.

²³ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 60 e 61.

Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia.

Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.

2. A anencefalia

As informações e os dados revelados na audiência pública em muito contribuíram para esclarecer o que é anencefalia, inclusive com a apresentação de imagens que facilitaram a compreensão do tema. A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária.

Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen²⁴, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”²⁵.

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme ex-

²⁴ Formado pela Universidade Federal de Minas Gerais, com título de Especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Associações em Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Pósgraduado em Medicina Fetal pelo Hospital King’s College – Londres, à época, Vice Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Diretor da Clínica Gennus – Núcleo de Medicina Fetal de Belo Horizonte e Coordenador do Serviço de Medicina Fetal do Hospital Vila da Serra/Nova Lima.

²⁵ Sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 24.

posição do Dr. Thomaz Rafael Gollop²⁶ – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –, no eletroencefalo dos portadores da anamolia, há uma linha isoeletrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencefalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”.²⁷

O feto anencefalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central “responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.”²⁸

De acordo com Mário Sebastiani, alguns anencefalos apresentam:

estímulos dolorosos. Não obstante esta resposta se entende melhor como reflexo doloroso do tronco anencefalo. Este pormenor é importante posto que implica apenas a existência de um arco reflexo, sem apreciação sensível ao estímulo. A sensação de dor necessita algo mais do que o tronco do cérebro (por exemplo, do tálamo) e o sofrimento exige um substrato neural necessário para perceber, como ameaça, a sensação da dor (neocórtex dos lóbulos frontais). Dado que o anencefalo carece de tálamo, não há substrato neural para experimentar a dor, da mesma maneira que carece de substratos cerebrais indispensáveis para o raciocínio, a comunicação, o conhecimento e a sensibilidade em geral²⁹.

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior³⁰. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.

²⁶ Graduado em Medicina pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1971), especialização em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1973), especialização em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Clínica (1995), especialização em Título de Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (1996), especialização em Medicina Fetal pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (2004), mestrado em Ciências Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1977) e doutorado em Ciências Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1981).

²⁷ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 95.

²⁸ SHEWMON, David A. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep, 1988. 18 (5). p. 11/19. No mesmo sentido, o Dr. Thomaz Rafael Gollop asseverou, durante o pronunciamento na audiência pública de 28 de agosto de 2008, “Esta é a condição de um feto anencefálico: ele não tem crânio nem cérebro. Logo, não pode ter nenhum tipo de sentimento, porque não há uma estação que processe isso” (folha 99).

²⁹ *Apud* FRANCO, Alberto Silva. Ob. Cit. p. 402/403.

³⁰ Para confirmar tal entendimento, observem os seguintes trechos das exposições realizadas na audiência pública. Na primeira sessão, o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes anotou que “a anencefalia é, ainda,

O saudoso Deputado Federal e Professor Titular da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas, Dr. José Aristodemo Pinotti³¹, foi bastante elucidativo ao confirmar que há dois diagnósticos de certeza na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia³². Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, *inexiste presunção de vida extrauterina*. “Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida”³³. Na parte final da fala do ilustre Professor, a arguente pediu que fossem confirmadas ou refutadas algumas proposições, entre elas, a de que anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos. Sua Excelência foi enfático: “Letal, em cem por cento dos casos, quando o diagnóstico é correto”³⁴. E ainda reiterou: “O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. *Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida*”³⁵.

Na mesma linha se pronunciou o já referido representante da Sociedade de Medicina Fetal, Dr. Heverton Neves Pettersen³⁶, que afirmou: “nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvi-

nos dias de hoje, uma doença congênita letal, (...) que exigirá dos pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte” e complementou que não há cura, no momento atual, para a citada anomalia. Naquela mesma audiência, a Sra. Marlene Rossi Severino Nobre, ao ser indagada pelo Dr. Luís Roberto Barroso, advogado da arguente, se a anencefalia levava à morte, de maneira peremptória, disse que sim (transcrição, folhas 23, 27 e 55, respectivamente). Na segunda sessão, o Sr. Roberto Luiz D’Ávila consignou que o anencéfalo não se tornará um ser humano, opinião ratificada pelo Dr. Jorge Andalaft Neto que, ao conceituar a anencefalia, aduziu ser “letal e multifatorial”; pelo Dr. Heverton Pettersen, que considera o “feto anencéfalo um natimorto neurológico”; pelo Dr. Salmo Raskin, ao suscitar que padece o anencéfalo de uma “degeneração dos neurônios, e a morte acontece dentre de horas ou dias”. Na lição do Dr. José Aristodemo Pinotti, um feto anencéfalo não tem cérebro e não tem potencialidade de vida, sendo seu diagnóstico, quando corretamente feito, letal em cem por cento dos casos. A Sra. Lenise Aparecida Martins Garcia, mesmo defendendo a tese da inviolabilidade da vida humana, curvou-se ao fato de que apenas um por cento dos anencéfalos sobrevive por cerca de três meses, de acordo com dados de 1987, e o prazo máximo observado foi de um ano e dois meses. O Dr. Thomaz Rafael Gollop mostrou-se enfático ao definir o anencéfalo como um morto cerebral, dotado de batimento cardíaco e respiração (transcrição, folhas 7, 16, 30, 60, 70, 82 e 94, respectivamente). A terceira sessão de audiência pública foi aberta com a exposição do então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão, que tratou da anencefalia como uma “má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”, sendo isso, afirmou, uma certeza médica e científica atestada pela Organização Mundial da Saúde. A Dra. Cláudia Werneck sustentou não possuir o anencéfalo expectativa de vida fora do útero (transcrição, folhas 3 e 24, respectivamente). No quarto dia de audiência pública, a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira anotou ser o feto anencéfalo um bebê com “curtíssimo” tempo de vida e o Dr. Talvane Marins de Moraes mencionou que, na anencefalia, está excluída a vida de relação, inexistindo atividade cortical, correspondendo à morte cerebral (transcrição, folhas 4, 53 e 57, respectivamente).

³¹ Médico sanitário, especialista pelas Univesidades de Florença e Milão, Itália, e pelo Institute Gustave Roussy de Paris.

³² O Dr. Thomaz Rafael Gollop corroborou tal afirmativa, dizendo-nos: “Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia” (sessão de audiência pública realizada no dia 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 97).

³³ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 75.

³⁴ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 76.

³⁵ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 77.

³⁶ Ver nota de rodapé 24.

mento do sistema nervoso central”.

Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop³⁷, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso”.

Por sua vez, o Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia³⁸, asseverou: “A anencefalia é incompatível com a vida (...)”³⁹. Dessa posição não divergiu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão⁴⁰. Consoante Sua Excelência, a “anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”⁴¹.

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral. Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop⁴², a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral⁴³.

³⁷ Ver nota de rodapé 26.

³⁸ Médico ginecologista e obstetra, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, professor titular de obstetrícia e ginecologia da Universidade de Santo Amaro, membro da Comissão Nacional de Aborto Previsto em Lei da FEBRASGO, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

³⁹ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 16.

⁴⁰ Médico sanitário, com título de Especialista em Doenças Tropicais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e doutor em Medicina Social pelo Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁴¹ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 4.

⁴² Ver nota de rodapé 26.

⁴³ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 96

E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino⁴⁴. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas.⁴⁵

Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha⁴⁶ na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero⁴⁷.

No célebre caso de Marcela – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias –, o diagnóstico estava equivocado, consoante informaram renomados especialistas. Não se tratava de anencefalia no sentido corriqueiramente utilizado pela literatura médica, mas de meroencefalia. Vale dizer: o feto possuía partes do cérebro – cerebelo e pedaço do lóbulo temporal – que viabilizavam, embora precariamente, a vida extrauterina. Daí não se poder qualificá-lo, em sentido técnico, como feto anencéfalo, o qual jamais será dotado de tais estruturas. Em audiência pública, o Dr. Heverton Neves Pettersen⁴⁸ esclareceu:

E o caso clássico que tivemos no ano passado, da Marcela, está aí a tomografia já apresentada anteriormente, e posso provar aos Senhores e a Sua Excelência que é uma falsa idéia de anencéfalo, porque essa criança apresenta, como podemos ver na tomografia, região do cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho de lóbulo temporal que faz parte dos

⁴⁴ Expôs o Dr. Gollop que “aproximadamente setenta e cinco por cento dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero. As estatísticas oscilam entre cinqüenta e setenta e cinco por cento, porque dependem da legislação de cada país (...). Dos vinte e cinco por cento que chegam a nascer, todos têm sobrevida vegetativa, que cessa, na maioria dos casos, dentro de vinte e quatro horas e os demais nas primeiras semanas de sobrevida” (segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 97).

⁴⁵ Confirmando tais dados, remeto às informações prestadas pelo Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, no primeiro dia de audiência pública. Relatou que, consoante dados de Pomerance, a expectativa é de que 47% das crianças morram no 1º dia, 44% entre um dia e uma semana, 8% entre uma semana e um mês e 1% com cerca de três meses (transcrição, folha 27). Igualmente, durante a segunda audiência pública, os Drs. Salmo Raskin e Lenise Aparecida Martins Garcia sustentaram, respectivamente, que o feto anencéfalo padece de uma degeneração dos neurônios, circunstância que ocasiona a morte dentro de horas ou dias; que o período máximo encontrado de sobrevida na literatura médica foi de um ano e dois meses, sendo que, ocasionalmente, de sete a dez meses (transcrição, folhas 60 e 82 e 83). No terceiro dia de audiência pública, a Sra. Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi anotou que de 40 a 60% dos fetos anencéfalos nascem com vida, mas apenas 8% sobrevivem por algum tempo (transcrição, folha 35). No quarto dia de audiência pública, o Dr. Talvane Marins de Moraes apontou, em consonância com a exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop, a ocorrência da morte de 75% dos fetos anencéfalos ainda dentro do útero, o que importaria em uma gravidez de alto risco (transcrição, folha 58).

⁴⁶ Médica especialista em endocrinologia, professora da aludida disciplina na Escola Paulista de Medicina.

⁴⁷ A Dra. Ieda Therezinha sustentou que, apesar de a expectativa de vida ser variável no caso dos fetos anencéfalos, há situações “que são nascidos vivos – e esse número é expressivo: 40% a 60% – se bem que, após o nascimento, somente 8% sobrevivem por algum tempo” (terceira audiência pública, transcrição, folha 35).

⁴⁸ Ver nota de rodapé 24.

hemisférios cerebrais. Então, isso não é diagnóstico de anencefalia⁴⁹.

Mais adiante, ratificou:

Se considerarmos que para o diagnóstico de anencéfalo tem de ter ausência dos hemisférios cerebrais, ausência de calota craniana, ausência de cerebelo e um tronco cerebral rudimentar – e a Marcela apresentava uma formação cerebelar com uma deficiência importante de sua formação, mas facilmente detectável nas imagens apresentadas, como também apresentava resquício do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais, podemos ver que ela não se classifica dentro do diagnóstico de anencéfalo, seria ali uma meroencefalia, uma meroacrania – mero significa porção -, segmento de um anencéfalo.⁵⁰

O ponto também foi objeto da exposição do Professor Pinotti⁵¹. Ao ser indagado pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Tribunal, o douto especialista respondeu:

Senhor Presidente, realmente houve um erro diagnóstico no caso da Marcela. Isso foi comprovado aqui pelo Doutor Pettersen, que expôs claramente essa questão. Não era um feto anencéfalo. Por outro lado, é perfeitamente possível, com aparelhos normais, por ecografistas, com o mínimo de experiência, ser feito um diagnóstico de certeza da anencefalia.

Cumprе rechazar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”⁵². De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.

⁴⁹ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 29.

⁵⁰ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 32.

⁵¹ Ver nota de rodapé 31.

⁵² A doutora Lia Zanotta Machado foi ouvida como representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. É graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, tem mestrado em Sociologia pela mesma Universidade e doutorado em Ciências Humanas, também pela Universidade de São Paulo, fez cursos de pós-graduação, compõe o Conselho Diretor da Rede Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, tendo integrado a Comissão que elaborou o anteprojeto de lei sobre a revisão da legislação punitiva e restritiva ao aborto no Brasil (terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 51).

A corroborar esse entendimento, Cláudia Werneck⁵³ – representante da “Escola da Gente”, que tem como objetivo a inclusão, na sociedade, de pessoas com deficiência – asseverou que a anencefalia, por conta da total falta de expectativa de vida fora do útero, não pode ser considerada deficiência e, portanto, não cabe questionar se existe negação do direito à vida ou discriminação em função de deficiência⁵⁴. Nas palavras peremptórias da representante da entidade que se dedica a combater discriminação contra deficientes, “é impossível constatar discriminação com base na deficiência quando não há expectativa de vida fora do útero”.⁵⁵

Destarte, afasto, desde logo, a aplicação, na espécie, dos preceitos da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas⁵⁶, especialmente os dispositivos abaixo transcritos para efeito de documentação:

Art. 6º.

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Art. 23.

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.
2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e as circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

Do mesmo modo, revela-se inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ora, é inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencéfalo, presente a impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente.

⁵³ Jornalista, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz.

⁵⁴ Como bem afirma Débora Diniz, não há pessoas anencéfalas no mundo. É um desrespeito à comunidade deficiente compará-los aos anencéfalos, *in Em nome da mãe*. Entrevista concedida à Revista Época. Edição 321. 17 de julho de 2004. Disponível em <http://revistaepoca.com.br>.

⁵⁵ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 24.

⁵⁶ Ratificada pelo Estado brasileiro em 24 de setembro de 1990. Informação disponível na página eletrônica do Ministério das Relações Exteriores.

Ainda sobre os contornos da anomalia, cumpre registrar que a anencefalia pode ser diagnosticada na 12^a semana de gestação⁵⁷, por meio de ultrassonografia, estando a rede pública de saúde capacitada para fazê-lo. Geralmente, os médicos preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação. Trata-se de um diagnóstico de certeza, consoante enfatizaram doutos especialistas na audiência pública. A par dos depoimentos já reproduzidos, convém realçar as palavras do Dr. Thomaz Rafael Gollop⁵⁸:

A ultra-sonografia disponível, sim, no Sistema Único de Saúde é 100% segura. Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Não há nenhuma dúvida para um médico minimamente formado estabelecer esse diagnóstico.

O ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão⁵⁹ rechaçou qualquer dúvida acerca da capacidade da rede pública de proceder ao diagnóstico. Disse Sua Excelência:

O Sistema Único de Saúde tem plenas condições de oferecer, e oferece, diagnóstico seguro às mulheres durante o pré-natal. A imagem ecográfica é clara em diagnosticar um feto com anencefalia. Na Medicina fetal, há duas certezas de diagnóstico por imagem: o óbito fetal e a anencefalia. [...]

No geral, o diagnóstico de anencefalia no feto é dado em torno da décima segunda semana de gestação. Os exames de rotina do pré-natal detectam a má-formação fetal e a mulher é informada do diagnóstico. Ela é, então, convidada a repetir os exames, que, em geral, são realizados por outras equipes médicas. Nos municípios onde existem hospitais de referência em Medicina fetal, a mulher é encaminhada para esses serviços. Posso assegurar que o diagnóstico de anencefalia resulta de exames feitos por mais de um médico e que o atendimento à paciente é conduzido por equipes de saúde multidisciplinares.

Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada para realizá-lo, o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar.

Expostas as balizas da anencefalia, passemos aos possíveis argumentos favoráveis à proteção do anencéfalo, sempre tendo presente a laicidade do Estado.

3. Doação de órgãos de anencéfalos

⁵⁷ Há estudos que indicam que, em razão da imensa qualidade dos exames de ultrassonografias, é possível identificar a malformação já na oitava semana gestacional. Nesse sentido, pronunciou-se o representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Doutor Heverton Neves Pettersen, na sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008.

⁵⁸ Ver nota de rodapé 26.

⁵⁹ Ver nota de rodapé 40.

Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos⁶⁰. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula. Kant, em “Fundamentação à Metafísica dos Costumes”⁶¹, assevera:

o homem, e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim de si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana. Maíra Costa Fernandes pondera sabiamente ser a doação ato intrinsecamente voluntário, jamais imposto, e salienta não aceitar o Direito brasileiro sequer a obrigatoriedade de doação de sangue ou de medula óssea – atos capazes de salvar inúmeras pessoas, os quais não reclamam sacrifício próximo ao da mulher obrigada a dar continuidade à gestação de um anencéfalo. Nessa linha, afirma, “qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retira toda a magnitude do ato de doar órgãos, espontâneo em sua essência”.⁶²

⁶⁰ O ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em manifestação de agosto de 2004, asseverou que o “pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver” (folha 218).

⁶¹ p. 135.

⁶² FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma Análise Constitucional*. p. 111/158. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos* RJ: Lúmen Júris, 2007. p. 150 e 152.

Débora Diniz⁶³ também é bastante precisa ao sintetizar a questão⁶⁴:

O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa (...).

A circunstância de o feto anencéfalo ser comumente portador de diversas outras anomalias e de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis praticamente impossibilita a doação de órgãos, conforme elucidaram em audiência pública os Drs. Salmo Raskin⁶⁵ e José Aristodemo Pinotti⁶⁶. Cabe reproduzir, no ponto, os esclarecimentos do Dr. Salmo Raskin, representante da Sociedade Brasileira de Genética Médica⁶⁷:

Os fetos anencefálicos não podem ser doadores de órgãos pelo que eu expus, porque são portadores, em grande parcela das vezes, de múltiplas malformações; referi-me àquelas que são detectáveis pelos métodos, sem falar nas alterações íntimas dos tecidos do corpo, que não podem ser detectadas, a não ser que se faça um exame extremamente complexo. Além disso, os órgãos dos fetos anencefálicos são menores, tanto que cerca de 80% dos anencefálicos nascem com retardo de crescimento intra-uterino. De modo que os órgãos deles não são órgãos que possam ser aproveitados para o transplante.

Não se olvida ter o Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2009, aprovado a Resolução nº 1.752, cujo teor autoriza os médicos a efetuarem transplantes de órgãos de fetos anencéfalos. Porém, segundo o Parecer nº 24/2003, do qual resultou a Resolução:

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução, CFM nº 1480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral. No anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios relativos a exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatorios, pela ausência de neocórtex, anormalidade da rede vascular cerebral e ausência de calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespal e apnéia), respeitando-se

⁶³ Antropóloga, mestre e doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS.

⁶⁴ *In O luto das mulheres brasileiras*. Jornal da Febrasgo, São Paulo, out./2004. p. 8/9. Disponível em [HTTP://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm). Acesso em 14 de setembro de 2010.

⁶⁵ Médico pediatra e geneticista, especialista em Genética Molecular pela Universidade de Vanderbilt, Estados Unidos, especialista em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Médica, doutor em Genética pela Universidade Federal do Paraná.

⁶⁶ Ver nota de rodapé 31.

⁶⁷ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 64.

a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). Entretanto, corroborando a total inadequação para essas situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida. Nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, “*tornando-se inúteis para uso em transplantes*”. (grifei)

A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação.

4. Direito à vida dos anencéfalos

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.

Tal assertiva fica corroborada pelos ensinamentos de Nelson Hungria, que, na década de 50, já condicionava a configuração do tipo penal aborto à existência de potencialidade de vida. Diz ele⁶⁸:

O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado *desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las*. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico. Quem pratica um aborto não opera ‘in materiam brutam’, mas contra um homem na ‘ante-sala’ da vida civil. O feto é uma

⁶⁸ Volume V, RJ: Forense, 1958. p. 15, 286 e 287.

pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem ‘in spem’. Entre o infanticídio (eliminação de vida extra-uterina) e o aborto (eliminação da vida intra-uterina) a diferença é de apenas um grau, ou, como dizia CARRARA, de quantidade natural e de quantidade política.

E prossegue:

caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (grifei)⁶⁹

Sábias palavras de Nelson Hungria, a repercutirem neste julgamento, verificado cerca de sessenta anos após.

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina⁷⁰. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante⁷¹ –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, ou seja, quando o feto é plenamente viável.

⁶⁹ *Idem, ibidem.* p. 297/298.

⁷⁰ Marcos Valentin Frigério examina o histórico do surgimento e dos desenvolvimentos dos diagnósticos da medicina fetal. Ob. cit. p. 272/275.

⁷¹ Cito como exemplos de evidência da visão machista reinante a redação original dos artigos 215 e 216 do Código Penal, nos quais constava a expressão “mulher honesta” como elementar dos crimes de posse mediante fraude e de atentado ao pudor mediante fraude, e a do artigo 217, revogado pela Lei nº 11.106/2005, em que se tipificava como crime a sedução de mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze. No mesmo sentido, o antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16, previa como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (artigo 219, inciso IV), dispunha ainda que o marido fosse o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, competindo-lhe, entre outras, a representação legal da família e a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (artigo 233), e que a autorização pelo marido para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica era presumida (artigo 247, inciso I). Existia a previsão do regime dotal como espécie de regime de bens entre os cônjuges, em franca demonstração da situação jurídica inferior da mulher (artigos 278 a 311) e a de competir ao marido, durante o casamento, o exercício do pátrio poder (artigos 380, cabeça, e 385). Interessante anotar que, somente em 1962, com a vigência da Lei nº 4.121, a mulher tornou-se capacitada para litigar em juízo civil ou comercial e aceitar mandato. Destaco que as restrições ao pleno exercício do voto feminino só foram eliminadas no Código

Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo.

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.

Ao término do julgamento, o Supremo, na dicção do Ministro Ayres Britto, proclamou acertadamente:

Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. *A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana*

Eleitoral de 1934. No entanto, o Código não tornava obrigatório o voto feminino. Apenas o masculino. O voto feminino, sem restrições, só passou a ser obrigatório em 1946.

embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infra-constitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (Grifei)

Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do **indivíduo-pessoa**, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.

No segundo trecho, este Tribunal assentou que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante.

Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97⁷², para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em

⁷² Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário.

4.1 O caráter não absoluto do direito à vida

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.⁷³

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos)⁷⁴, a revelar que o direito à vida ganha contornos mais

⁷³ Trecho extraído de SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006. p. 103.

⁷⁴ Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”⁷⁵.

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

Passemos aos direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo.

5. Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade

A Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”⁷⁶. No Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994, além de reconhecerem-se como direitos humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental”.

Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta riscos⁷⁷. Há alguma divergência se a gestação de anencéfalo é mais perigosa do que a de um feto sadio. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira⁷⁸, ouvida no último dia de audiência pública, enfatizou os riscos inerentes à antecipação do parto e questionou a óptica segundo a qual a manutenção da gravidez do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa⁷⁹.

⁷⁵ *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência*, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22 a 34. p. 22.

⁷⁶ O ato constituidor da Organização Mundial da Saúde encontra-se disponível no sítio eletrônico <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em 4 de maio de 2011.

⁷⁷ Conforme informações prestadas no segundo dia de audiência pública – folha 7. O Doutor Roberto Luiz D’Ávila, em manifestação no segundo dia de audiência pública, destacou ser alta a taxa de mortalidade materna devido à presença de doenças hipertensivas, hemorragias e infecções, inclusive, em gestações de fetos viáveis (transcrição, folha 12).

⁷⁸ Médica especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-Secretária de Saúde do Município de Jacareí/SP, à época, diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco, São Paulo.

⁷⁹ Consoante informações prestadas na sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro (trans-

O Dr. Jorge Andalaft Neto, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, trouxe, por sua vez, dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana reveladores de que a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos. De acordo com as informações por ele apresentadas, impor a manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade bem como dos riscos inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas.

Consoante defendeu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão⁸⁰, a gravidez de feto anencéfalo “pode levar a intercorrências durante a gestação, colocando a saúde da mãe em risco num percentual maior do que na gestação normal”. O Dr. Talvane Marins de Moraes⁸¹, igualmente, realçou ser de alto risco a gravidez de anencéfalo, até pela probabilidade bastante aumentada de o feto perecer dentro do útero⁸².

Nessa linha, também são os esclarecimentos da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Segundo relatado, nesse tipo de gestação, é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do polo fetal no estreito inferior da bacia⁸³. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a poli-hidrânio, ou aumento do líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão.

Outros fatores associados à gestação de feto anencéfalo são doença hipertensiva es-

crição, folhas 4, 5 e 8).

Há tanta divergência acerca do fato de a gravidez de feto anencéfalo constituir ou não um risco maior à vida materna que o Doutor Dernival da Silva Brandão chegou a sustentar que “a criança anencéfala – vejam bem – não causa perigo à vida da sua mãe mais do que uma gestação gemelar” (transcrição, folha 81).

⁸⁰ Ver nota de rodapé 40.

⁸¹ Médico especialista em psiquiatria forense, livre docente e doutor em Psiquiatria pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria.

⁸² À folha 1409 da transcrição da sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro, tem-se “(...) É outro dado de saúde pública também. Quer dizer, uma gravidez anencéfala é uma gravidez de alto risco, porque o feto vai morrer intraútero muitas vezes”.

⁸³ O inteiro teor do documento expedido pela FEBRASGO encontra-se disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 5 de maio de 2011.

pecífica de gravidez (DHEG) – que compromete o bemestar físico da gestante –, maior incidência de hipertensão, diabetes, aumento de cerca de 58% de partos prematuros, elevação em 22% do número de casos de gravidez prolongada. Na literatura médica, há registro de gestação que se estendeu por mais de um ano, no qual o feto continuou em movimento até a hora do parto. Nas situações em que se observa a associação com poli-hidrâmnio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é de três a cinco vezes maior. Mais uma consequência identificada eventualmente nesse tipo de gravidez é o sangramento de grande monta no puerpério.

Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum.

Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático Habeas Corpus nº 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. A narrativa dela é reveladora⁸⁴:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr.

⁸⁴ In FERNANDES, Máira Costa. Ob. Cit. p. 138.

Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria⁸⁵, “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio”.⁸⁶

Na audiência pública, também foram reverberadas, entre outras, as vozes de três mulheres que, beneficiadas pela decisão liminar, optaram por antecipar o parto. São elas Érica, Camila e Michele, que expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida. Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no final, eu não ia tê-lo”⁸⁷. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”⁸⁸. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”⁸⁹. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “aquietar aquilo que estava se passando”⁹⁰.

Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, dá conta de que 60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação.⁹¹

O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. Assim o fizeram, nas audiências públicas, a Dra. Jaqueline Pitanguy⁹² e o

⁸⁵ Ver nota de rodapé 81.

⁸⁶ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1413).

⁸⁷ Depoimentos trazidos pela Dra. Lia Zanotta Machado no terceiro dia de audiência (transcrição, folhas 1299 e 1300).

⁸⁸ folha 1300.

⁸⁹ folha 1301.

⁹⁰ folha 1301.

⁹¹ BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em <http://www.scielo.br>.

⁹² Socióloga e cientista política, ex-professora de Sociologia na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e na Rutgers University, Nova Jérsei, Estados Unidos, representante do Conselho Nacional dos

Dr. Talvane Marins de Moraes⁹³. Nas palavras da Dra. Jacqueline Pitanguy, “obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver”. Prosseguiu, “as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado”⁹⁴.

Como bem destacam Telma Birchall e Lincoln Frias, embora:

[...] no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial [...] ⁹⁵

Consoante Zugaib, Tedesco e Quayle, “a ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão”⁹⁶.

Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁹⁷. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar

Direitos da Mulher.

⁹³ Ver nota de rodapé 81.

⁹⁴ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 1350.

⁹⁵ Ob. cit. p. 27.

⁹⁶ *Apud* MENDES, Thalita Bizerril Duleba. *A interrupção seletiva de gestação de feto anencéfalo como conduta atípica*. Universidade Federal do Paraná, 2007. p. 60.

⁹⁷ A Dra. Eleonora Menecucci de Oliveira, ouvida no quarto dia de audiência pública, referiu-se ao precedente. Leia-se: “Nosso país deveria observar o que vem acontecendo no plano internacional em relação, por exemplo, às respostas que os Comitês de Direitos Humanos das Nações Unidas vem ofertando no plano global. Este Comitê, em duas oportunidades, já se manifestou sobre o assunto: em 1996, considerou que a possibilidade de um aborto gerar uma penalidade criminal representa uma forma de tratamento desumano em relação às mulheres; em 2005, considerou que a impossibilidade de interromper a gravidez, em caso de gestação de anencéfalo, foi causa de um grande sofrimento. Tratava-se do caso específico de Caelli, uma jovem peruana, que, aos 17 anos de idade, viu-se confrontada com uma gravidez de feto anencéfalo” (folha 1380).

adiante a gestação de um feto anencéfalo. A paciente de 17 anos e a mãe dela, alertadas pelo ginecologista sobre os riscos advindos da manutenção da gestação de um feto anencéfalo, concordaram em realizar o procedimento de interrupção terapêutica. Apesar de a lei penal peruana permitir o aborto terapêutico e atribuir pena de pequena graduação ao aborto sentimental ou eugênico⁹⁸, o diretor do hospital, Dr. Maximiliano Cárdenas Díaz, recusou-se a firmar a autorização necessária para o ato cirúrgico, o que obrigou a paciente a dar à luz o feto. Como consequência, a gestante foi acometida de depressão profunda, com prejuízos à saúde mental e ao próprio desenvolvimento. Ao analisar o episódio, o Comitê de Direitos Humanos considerou cruel, inumano e degradante o tratamento dado a KL. Reputou violado também o direito dela à privacidade⁹⁹.

Posteriormente, em dezembro de 2008, em entrevista concedida ao Center for Reproductive Rights, K.L., então com 22 anos, residente em Madrid, local onde estudava para formar-se em engenharia, descreveu ter-se sentido extremamente deprimida, solitária, confusa e culpada à época da gravidez e do nascimento do anencéfalo, que perdurou por apenas quatro dias¹⁰⁰. Indagada sobre como se sentia em relação à decisão do Comitê de Direitos Humanos, revelou estar feliz e disse que dificilmente quem não experimentou tal situação sabe o quão penosa e dolorosa ela é¹⁰¹.

Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas,

⁹⁸ Os artigos 119 e 120 do Código Penal peruano trazem as seguintes disposições:

Art. 119 – Aborto terapêutico

Não é punível o aborto praticado por um médico com o consentimento da mulher grávida ou de seu representante legal, se o tiver, quando é o único meio para salvar a vida da gestante ou para evitar um mal grave e permanente em sua saúde.

Art. 120 – Aborto sentimental e eugênico

O aborto será reprimido com pena privativa de liberdade não maior que três meses:

1. Quando a gravidez seja consequência de violação sexual fora do matrimônio ou inseminação artificial não consentida e ocorrida fora do matrimônio, sempre que os fatos tiverem sido denunciados ou investigados, ao menos policialmente; ou

2. Quando é provável que o ser em formação leve a um nascimento com graves defeitos físicos ou psíquicos, sempre que exista diagnóstico médico.

(Tradução livre. Cópia eletrônica do referido diploma legal encontra-se disponível em <http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto%20Legislativo%20635-CODIGO> Acesso em 6 de maio de 2011.)

⁹⁹ O pronunciamento completo do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas está disponível em <http://www.cladem.org-espanol-regionales-litigio-internacional-CAS5-Dictamen%20KL.asp>. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰⁰ Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰¹ Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

justamente, para fazê-los cessar.

É possível objetar, tal qual o fez a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira¹⁰² em audiência pública, o sentimento de culpa que poderá advir da decisão de antecipar o parto. Na mesma linha, em memorial, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que o gesto não reduz a dor. Em resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante.

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire¹⁰³. Consignou Sua Excelência que:

[...] os serviços existentes para a interrupção voluntária da gravidez, para o abortamento legal, dispõem de equipes multidisciplinares aptas a fazerem esse acompanhamento [referia-se ao psicológico]. [...] Eu diria que, hoje, todos os serviços universitários existentes no país têm equipes multidisciplinares – e posso dizer isso, com certeza –, com acompanhamento de psicólogos, que permitirão informação e assistência às mulheres no tocante à sua decisão, seja pela continuidade da gestação, seja pela interrupção da gestação¹⁰⁴.

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”¹⁰⁵. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr.

¹⁰² Ver nota de rodapé 78.

¹⁰³ Graduada em Medicina pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-professora e ex-reitora desta instituição.

¹⁰⁴ Quarto dia de audiência pública, 16 de setembro de 2008 (transcrição, folhas 1397 e 1398).

¹⁰⁵ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1421).

Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam”¹⁰⁶.

Alberto Silva Franco chama a atenção para outro aspecto a ser considerado caso se obrigue a mulher a levar a gravidez a termo. Afirma: “se ocorrer o nascimento do anencéfalo, ‘não receberá ele nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de qualquer medida’. [...] Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade”. Continua: “o argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável”¹⁰⁷. Digo então, Senhor Presidente, que não se pode exigir da mulher aquilo que o Estado não vai fornecer, por meio de manobras médicas.

Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada¹⁰⁸.

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida

¹⁰⁶ Último dia de audiência pública (transcrição, folha 77).

¹⁰⁷ Ob. cit. p. 409.

¹⁰⁸ O texto completo da Convenção encontra-se disponível em www.cidh.oas.org. Acesso em 11 de janeiro de 2011.

do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura¹⁰⁹ ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido. A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz¹¹⁰.

Simone de Beauvoir já exclamava ser o mais escandaloso dos escândalos aquele a que nos habituamos. Sem dúvida. Mostra-se inadmissível fechar os olhos e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres, seus companheiros e suas famílias. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero.

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição

¹⁰⁹ O artigo 1º da Constituição Federal define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, inciso III, dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A Lei nº 9.455/97, no artigo 1º, prevê:

Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental (...);

c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

¹¹⁰ Ver nota de rodapé 63.

da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

ANEXO B – ADPF Nº 54: VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

I – BREVE RELATÓRIO

Cuida-se de ação de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, com o fim de lograr *“interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.”*

A CNTS sustenta, em suma, que a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que leva à proibição da antecipação do parto, por motivos terapêuticos, no caso de fetos anencefálicos, viola os preceitos fundamentais abrigados nos arts. 1º, IV (princípio dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípios da legalidade e autonomia da vontade humana), 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Carta da República. Alega, ainda, que a anencefalia corresponde a uma má-formação fetal, incompatível com a vida extra-uterina, que caracterizaria uma gravidez de risco, constituindo a antecipação do parto a única indicação terapêutica *“para o tratamento eficaz da paciente (a gestante) já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução”*.

O feito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu o pedido de liminar requerido pela autora, tendo o Plenário desta Suprema Corte cassado a sua decisão monocrática, por considerá-la satisfativa, em razão da irreversibilidade dos procedimentos médico deles decorrentes.

O parecer do Procurador-Geral da República à época, Claudio Fonteles, foi pela improcedência da ação.

II – DA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE

Transcrevo abaixo, para melhor compreensão da matéria, os dispositivos do Código

Penal cuja interpretação conforme a Constituição a autora requer.

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

(...)

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (...)

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Como se vê, o objeto jurídico dos citados preceitos da legislação penal vigente, quer dizer, os bens ou valores que o legislador pretendeu preservar são de duas ordens: de um lado, a vida do nascituro; de outro, em especial no abortamento provocado por terceiro, a vida e a incolumidade física e psíquica da gestante.¹

O art. 124 do Código Penal abriga duas figuras típicas: na primeira parte do dispositivo, o aborto cometido pela própria gestante, também denominado de autoaborto; na outra, a morte do feto provocada com o consentimento desta, ou seja, permitindo que outra pessoa pratique o aborto.

Na segunda figura, em que há o consentimento da gestante, o crime é duplo. A gestante é enquadrada no art. 124, ao passo que aquele que executa os atos materiais do aborto incide nas penas do art. 126, as quais são mais graves do que as do dispositivo anterior.²

O legislador infraconstitucional, todavia, isentou de pena, em caráter excepcional, o aborto, desde que praticado por médico, em duas únicas hipóteses, taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental”, caracterizados, respectivamente, nos incs. I e II do art. 128 do Codex repressivo.

O primeiro, também conhecido como “terapêutico”, materializa-se quando “*não há outro meio de salvar a vida da gestante*”. Já o segundo, evidencia-se quando a gravidez resultar de estupro praticado com violência, real ou presumida.

Celso Delmanto e outros renomados criminalistas, estudando o aborto necessário ou terapêutico, embora tecendo críticas ao instituto, reconhecem que ele “*não legitima o*

¹ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 268.

² *Idem*, p. 269.

*chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável”.*³

Em outras palavras, o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto mal formado.

E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina.⁴

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.

III – DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Data da Antiguidade Clássica a discussão epistemológica sobre a possibilidade do conhecimento da realidade circundante, isto é, do mundo fenomenológico. Xenófanes, por exemplo, prenunciando o ceticismo que caracterizaria o Iluminismo Grego, cujo clímax se deu em Atenas, no século V a. C., deixou-nos, a propósito, a seguinte observação: “*A verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá*”.⁵ Em que pesem, contudo, as múltiplas divergências gnosiológicas, todas as correntes filosóficas que se debruçaram sobre o tema concluíram que conhecer o real implica interpretá-lo de alguma maneira.

A compreensão dos textos escritos, de um modo geral, incluída a dos livros sagrados e diplomas normativos, também exige um esforço hermenêutico daqueles que pretendem desvendar o seu exato sentido.

³ *Idem, ibidem*, grifos meus.

⁴ <http://www.bsc.gwu.edu/mfmu/history.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2012.

⁵ *Apud* TARNAS. Richard. *A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 39.

No caso dos textos legais, raramente a mens legis se revela de imediato. Com efeito, na maior parte das vezes, o preciso significado de um preceito jurídico só pode ser alcançado mediante um esforço exegético que exige a combinação de vários métodos hermenêuticos: o gramatical, o sistemático, o histórico, o teleológico, dentre outros.

Não bastasse isso, as normas legais ordinárias - tendo em conta o postulado da supremacia da Constituição, da qual nos fala Hans Kelsen⁶ - devem ser ainda confrontadas com os princípios e regras nela abrigados, pois dela é aquelas retiram sua validade, tal como o gigante mítico Antão hauria da mãe Gaia a prodigiosa força que exibia. Por essa razão é que, mediante o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso - este último realizado sempre em face de um caso concreto - torna-se possível extirpar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo que esteja em desconformidade com o Texto Magno.

Dado, porém, o princípio básico da conservação das normas - que deriva da presunção de constitucionalidade destas - é possível ou, melhor, desejável, desde que respeitados seus fins, conferir-lhes uma interpretação conforme a Lei Maior, sem declará-las inconstitucionais. Essa é precisamente a lição de Konrad Hesse, para o qual *“uma lei não deve ser considerada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição”*.⁷

Isso porque, como explica Uadi Lammêgo Bulos, esse método de interpretação fundamenta-se na “lógica do razoável”, cogitada por Chaim Perelman, de acordo com a qual se deve presumir a obediência do legislador aos ditames constitucionais, sem, contudo, deixar-se de lado, ao interpretar a lei, as questões políticas, econômicas e sociais correspondentes ao contexto fático sobre as quais as normas da Constituição incidem.⁸

Com efeito, segundo assenta Paulo Bonavides, é de presumir-se, *“da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la”*.⁹ Daí porque *“o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis”*.¹⁰

Em resumo, a interpretação conforme a Constituição configura método preferível à pura e simples declaração de inconstitucionalidade, quando mais não seja em homenagem à vontade soberana do legislador.

⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

⁷ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, pp. 71-72.

⁸ Bulos, Uadi Lammêgo. *Manual de Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

⁹ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 519.

¹⁰ *Idem*, p. 524.

IV – DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

Cumpra registrar, por oportuno, que a tarefa dos exegetas, não raro, esbarra em limites objetivos, em obstáculos insuperáveis, representados pela univocidade das palavras, os quais impedem que, em linguagem popular, “se dê o dito pelo não dito” ou vice versa.

Nessa linha de raciocínio, a tão criticada - e de há muito superada - Escola da Exegese, que pontificou na França no século XIX, na esteira da edição do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação.¹¹

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.

É que, como explica Luís Roberto Barroso, o postulado da independência e harmonia entre os Poderes, “ao lado do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, um e outro atuam como mecanismos de autolimitação Poder Judiciário (*judicial self-restraint*)”.¹² E enfatiza: “Deveras, foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular e não o Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais”.¹³

Na sequência, o citado constitucionalista, apoiado na lição de Gomes Canotilho, repisa que essa técnica hermenêutica “só é legítima quando existe um espaço de decisão, não se admitindo jamais uma exegese *contra legem*”.¹⁴

Nessa mesma direção, o já mencionado Paulo Bonavides, forte no magistério da Corte Constitucional alemã, adverte “que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição”. Logo depois acrescenta: “Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois ‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional’ (*Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG*)”.¹⁵

¹¹ V. SICHES, Recaséns Luis. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 3ª ed. México: Porrúa, 1980, pp. 199 e segs.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.192

¹³ *Idem*, loc. cit.

¹⁴ *Idem*, loc. cit.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 520 -521.

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Não se ignora que o tema do aborto é extremamente controvertido, tanto aqui como alhures, tendo despertado as mais vivas discussões no mundo civilizado. Em alguns países, esse palpitante assunto é submetido a consultas populares; em outros, quando há espaço para tanto, é objeto de pronunciamentos judiciais, não raro sujeitos a intensas controvérsias.

Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana. Esse debate, como não poderia deixar de ser, também alcançou o nosso Parlamento, o qual se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria. Os congressistas, favoráveis e contrários ao aborto, têm entretido apaixonadas polêmicas, sendo certo que os representantes do povo, até o momento, não chegaram ainda a uma solução de consenso. Por essa razão continua em vigor o texto da legislação penal que, como visto, não admite, dada a clareza de seu enunciado, a ampliação das hipóteses do chamado aborto terapêutico pela via da exegese.

A temática, com efeito, reveste-se de extrema complexidade, não só do ponto de vista jurídico, como também ético e até mesmo científico. É que, além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, caput), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana

de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas de centena patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas.¹⁶

Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte:

“A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênitas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte.

Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural? Em primeiro lugar, a anencefalia é um termo que induz ao erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.”¹⁷

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.

¹⁶ www.who.int/classifications/icd/. Acesso em 10 de abril de 2010.

¹⁷ Transcrição de trecho da Audiência Pública realizada no STF, realizada no dia 26 de agosto de 2006, p. 34 da respectiva Ata.

Não se olvide, de resto, que existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no País que resguardam a vida intra-uterina, com destaque para o Código Civil, o qual, em seu art. 2º, estabelece que *“a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*. Ou seja, mesmo que se liberasse genericamente o aborto de fetos anencéfalos, por meio de uma decisão prolatada nesta ADPF, ainda assim remanesceriam hígidos outros textos normativos que defendem os nascituros, os quais, por coerência, também teriam de ser havidos como inconstitucionais, quicá mediante a técnica do arrastamento, ou, então, merecer uma interpretação conforme a Constituição, de modo a evitar lacunas no ordenamento jurídico no tocante à proteção legal de fetos que possam vir a ter sua existência abreviada em virtude de portarem alguma patologia.

Importa trazer a lume, ainda, a Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, que reflete a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, sentem dor e reagem a estímulos externos.

O citado diploma normativo, fazendo alusão ao consenso obtido no Seminário para a Discussão sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado pela Secretaria de Atenção à Saúde, do Ministério da Saúde, em 24 de maio de 2006, integrado pelo Coordenador-Geral do Sistema Nacional de Transplantes, representantes da Academia Brasileira de Neurologia, da Sociedade Brasileira de Pediatria, do Conselho Federal de Medicina, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Procuradoria Regional da República, da Associação Brasileira de Transplantes de órgãos, da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, e considerando, em seu preâmbulo, que *“o respeito à dignidade humana prevista no inciso III do art. 3º da Constituição Federal implica que toda a pessoa humana, indistintamente, deve ser tratada como um fim em si mesma”*, assenta, em seu art. 1º que a *“retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível”*, sob pena de enquadramento dos transgressores dessa determinação nas cominações previstas nos arts. 14, 16 e 17 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

V – DOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO

Cumpre destacar, ademais - até para demonstrar que o Congresso Nacional não está alheio à problemática -, que se encontram sob o crivo dos parlamentares pelo menos dois projetos de lei objetivando normatizar o assunto.

Ambos revelam a complexidade do tema, sobretudo a dificuldade envolvida no regimento de seus distintos aspectos técnicos, jurídicos e científicos, os quais, por isso mesmo,

são insuscetíveis de disciplina judicial. Um deles, o PL nº 4403/2004, de autoria da Deputada Jandira Feghali, que acrescenta um inciso ao art. 128 do Código Penal para, segundo a ementa, *“isentar de pena a prática de ‘aborto terapêutico’ em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique a impossibilidade de vida extrauterina”*, acha-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

O outro, a saber, o PL nº 50, de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, também inclui um inciso no citado dispositivo do Codex Repressivo, com a seguinte redação:

“Art. 128.

(...)

III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

A propositura do Senador Mozarildo recebeu parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa da Câmara Alta, subscrito pela Senadora Marinor Brito, que contém, dentre outras, as ponderações abaixo resumidas. A mencionada Senadora, após tecer considerações sobre a relevância do assunto, revela que tramitavam originalmente dois projetos de lei na Câmara Alta com o objetivo de afastar a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos casos de anencefalia fetal: um do Senador Duclomar Costa, de nº 183, e outro do Senador Mozarildo, de nº 227, ambos datados de 2004. O primeiro foi retirado pelo próprio autor, um mês depois de sua apresentação. O segundo permaneceu inerte por cerca de meia década, sem jamais ter sido apreciado por uma única comissão, até que foi arquivado no final da última Legislatura.

A Senadora Marinor destaca, ainda, que o Senador Mozarildo, convicto da importância do tema, reapresentou o mesmo projeto de lei, em 2011, o qual recebeu o nº 50, como já observado.

Submetido à crítica de seus pares, foi objeto de reparos por parte do Senador Edison Lobão, que, em seu relatório, assentou o seguinte:

“(...) a referida propositura não detalha os requisitos de validade do diagnóstico e do consentimento da gestante. Entendemos, por força do mais elevado comando de segurança jurídica: **a)** que o diagnóstico deve ser subscrito por **dois outros médicos** (que não participem, portanto, do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez); **b)** que as técnicas de diagnóstico da anencefalia sejam reguladas pelo **Conselho Federal de Medicina**, de modo a uniformizar os procedimentos de investigação da referida anomalia; **c)** que a manifestação do consentimento da gestante ou de seu representante legal deve ser feita **por escrito**, para evitar, assim, qualquer tipo de dúvida ou questionamento” (grifos no original).

Em razão da opinião supra, a Senadora Marinor manifestou-se pela aprovação do PL nº 50/2011, ofertando, todavia, uma emenda substitutiva com o seguinte teor:

“Art. 128.

(...)

III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por dois médicos que não integrem a equipe responsável pela realização do aborto, e o procedimento é precedido de consentimento por escrito da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

Cumpre sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional.

VI – DA PARTE DISPOSITIVA

Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.**